

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS130064-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Oswald.

Urteil vom 16. Mai 2013

in Sachen

A.____ Holding AG,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.____,

betreffend **Kollokation im**
Nachlass von B.____ / Nr. ...
(Beschwerde über das Konkursamt C.____)

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. April 2013
(CB120035)

Erwägungen:

I.

1. Die D. _____ AG, vertreten durch E. _____ und F. _____, schloss am 1. Oktober 2010 mit dem Konkursiten B. _____ einen Darlehensvertrag in der Höhe von Fr. 2'700'000.– ab, in der Absicht, dem Konkursiten Gelder zur Weiterführung eines Bauprojekts zu überlassen. Die dafür notwendigen Mittel beschafften sich E. _____ und F. _____ von der Bank G. _____ AG. Diese erklärte sich bereit, über E. _____ und F. _____ die bisherigen Verpflichtungen des Konkursiten mittels Umfinanzierung abzulösen und dem Konkursiten zusätzliche Beträge auszusahlen. Sie schloss mit E. _____ und F. _____ sowie dem Konkursiten als Drittpfandgeber am 1. Oktober 2010 einen ersten Rahmenvertrag für einen Investitionskredit von Fr. 2'700'000.– und eine erste Sicherungsübereignungsvereinbarung ab und bezahlte den Betrag von Fr. 2'700'000.– an E. _____ und F. _____. Im Januar 2011 ersetzten die Bank G. _____, der Konkursit sowie E. _____ und F. _____ den Rahmenvertrag durch einen neuen Rahmenvertrag für einen Investitionskredit von Fr. 2'686'500.– sowie die bisherige durch eine neue Sicherungsübereignungsvereinbarung. Wiederum unterzeichnete der Konkursit diese Verträge als Drittpfandgeber und übereignete der Bank G. _____ mehrere Schuldbriefe (Namenschuldbrief für Fr. 900'000.– vom 8. Januar 1965, Inhaberschuldbrief für Fr. 900'000.– vom 5. April 1993 und Inhaberschuldbrief von Fr. 1'000'000.– vom 7. April 2009, alle lastend auf Grundbuch C. _____, Grundbuch Blatt ..., Plan ..., Kataster Nr. ..., Wohnhaus ...-Weg ...). Die Bank G. _____ kündigte mit Schreiben vom 24. November 2011 das nicht zurückbezahlte Darlehen gegenüber den Gläubigern E. _____ und F. _____ per 27. Dezember 2011 (act. 1 Ziff. 5 ff., act. 2/3 = act. 18/4, act. 2/5 = act. 18/2, act. 2/6 = act. 18/3, act. 22 S. 5 f., act. 24/3-7, vgl. auch act. 31 S. 4-7).

Am 2. Februar 2011 wurde der Konkurs über den Konkursiten eröffnet. Die Gläubiger wurden am tt.mm.2011 durch Publikation im SHAB aufgefordert, ihre Forderungen einzugeben (act. 2/9). Nach Erledigung des Beschwerdeverfahrens in Sachen Konkursmasse des B. _____ gegen das Betreibungsamt C. _____

(act. 18/7-9) gab die Gläubigerin Bank G._____ mit Schreiben vom 10. Juli 2012 im Konkursverfahren über B._____ eine Forderung ein. Diese passte sie mit Eingabe vom 24. Juli 2012 auf Fr. 2'687'694.– zuzüglich Zins an (act. 2/10/1-2). Die Gläubigerin verlangte damit die Berücksichtigung der Forderung für den Kredit, welchen sie E._____ und F._____ gewährt, und welchen der Konkursit durch die Sicherungsübereignung von drei auf seinem Grundstück (Gemeinde C._____, GB Blatt ...) lastenden Schuldbriefen sichergestellt hatte (vgl. auch act. 18/12).

E._____ meldete mit Eingabe vom 9. August 2012 im eigenen sowie im Namen von F._____ als Solidargläubiger im selben Konkurs eine Forderung von Fr. 2'710'228.04 an. Er legte unter anderem den Darlehensvertrag zwischen der D._____ AG und dem Konkursiten über Fr. 2'700'000.– sowie eine Erklärung vom 8. August 2012, wonach die D._____ AG ihre Forderung gegenüber dem Konkursiten an E._____ und F._____ zediere, bei (vgl. act. 18/11).

2. Am 28. September 2012 legte das Konkursamt C._____ den Kollokationsplan und das Lastenverzeichnis zur Einsicht auf (act. 2/1/1, act. 2/1/2 = act. 18/13). Gegen diese Verfügung des Konkursamts erhob die Beschwerdeführerin als angemeldete Gläubigerin im Konkursverfahren über B._____ mit Eingabe vom 8. Oktober 2012 bei der Vorinstanz Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Konkursamtes im Konkurs Nr. ..., betreffend die im Lastenverzeichnis unter Ord.-Nr. ... angemeldete und durch das Konkursamt im 1. Rang der pfandversicherten Forderungen kollozierte Darlehensforderung der Gläubigerin G._____ Bank in Höhe von CHF 2'687'694.00 sei aufzuheben resp. als nichtig zu erklären. Das behauptete Pfandrecht der Gläubigerin G._____ Bank sei abzuweisen.
2. Es sei die Forderung im Kollokationsplan im Konkurs Nr. ... unter Ordner ..., Eingabeverzeichnis ..., Gläubiger E._____ und F._____, beide H._____ [Ortschaft], über CHF 2'710'228.04 als zugelassene Forderung zu streichen und statt dessen als "bedingte Forderung" einzutragen und es sei der Wegfall der Pfandsicherung der G._____-Bank über diesen Betrag als Bedingung für den Bestand der Forderung zu bezeichnen.

3. Es seien der Kollokationsplan und das Lastenverzeichnis über das Grundstück Nr. ..., GB C._____ vom 26. September 2012, entsprechend abzuändern und neu aufzulegen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners."

3. Die Vorinstanz wies die Beschwerde mit Urteil vom 4. April 2013 ab (act. 27 = act. 30). Dieser Entscheid wurde der Beschwerdeführerin am 12. April 2013 zugestellt (act. 28/1).

4. Mit Eingabe vom 22. April 2013 erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil vom 4. April 2013, unter Stellung der folgenden Anträge (act. 31 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 4. April 2013 aufzuheben.
2. Es sei die Forderung im Kollokationsplan im Konkurs Nr. ... unter Ord.-Nr. ..., Eingabeverzeichnis ..., Gläubiger E._____ und F._____, beide H._____, über CHF 2'708'316.75 im Umfang von CHF 2'694'816.75 als zugelassene Forderung zu streichen und statt dessen als bedingte Forderung einzutragen, wobei als Bedingung für Bestand und Höhe der Forderung die Inanspruchnahme des Gläubigers E._____ und/oder des Gläubigers F._____ gegenüber der Bank G._____ AG und Tilgung der Schuld gegenüber der Bank G._____ AG durch den Gläubiger E._____ und/oder Gläubiger F._____ zu bezeichnen sei.
3. Es sei der Kollokationsplan vom 26. September 2012 entsprechend abzuändern und neu aufzulegen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

Die Abweisung der Beschwerde hinsichtlich ihres ersten Beschwerdeantrags ficht die Beschwerdeführerin (ausdrücklich) nicht an (act. 31 S. 3).

5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-28). Von der Einholung einer Vernehmlassung der Vorinstanz ist abzusehen (§ 324 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Das Verfahren der Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das

SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich wird in § 84 GOG auf Art. 319 ff. ZPO (Beschwerde) verwiesen.

Mit der Beschwerde sind konkrete Rechtsmittelanträge zu stellen, aus welchen hervorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird, welche Dispositivziffern des angefochtenen Entscheids in welchem Sinne abzuändern sind und ob ein neuer Entscheid in der Sache oder eine Rückweisung an die Vorinstanz verlangt wird (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. Auflage 2013, Art. 321 N 14). Sodann hat sich die Beschwerde führende Partei in der Begründung ihrer Rechtsmittelanträge mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen und hat anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. Auflage 2013, Art. 321 N 15).

Nach der Praxis der Kammer sind Noven vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen unzulässig (vgl. dazu OGer ZH, PS110019 vom 21. Februar 2011 sowie BGer 5A_605/2011 vom 8. November 2011 E. 3.2, wonach die Frage vom kantonalen Recht zu beantworten ist).

III.

1. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die gleiche Forderung zwei Mal kolloziert worden sei, einmal als Grundpfandgesicherte Forderung der Bank G. _____ AG (Kollokationsplan Ord.-Nr. ...) und einmal als 3.-Klass-Forderung der Gläubiger E. _____ und F. _____ (Kollokationsplan Ord.-Nr. ...). Das Geld habe von der Bank G. _____ gestammt und sei über die Herren E. _____ und F. _____ teilweise an den Konkursiten bzw. dessen Grundpfandgläubiger ausbezahlt worden. Es sei somit nur ein Mal geflossen (act. 31 S. 9). Die Bank G. _____ habe die Kapitalforderung von Fr. 2'686'500.– in den Konkurs eingegeben, während die von den Gläubigern E. _____ und F. _____ eingegebene identische Darlehensschuld mit Fr. 2'700'000.– beziffert worden sei. Die Differenz von Fr. 13'500.– stamme aus

der Amortisationszahlung, welche die Gläubiger E._____ und F._____ per 31. Dezember 2010 vertragsgemäss an die Bank G._____ geleistet, für die sie vom Konkursiten jedoch keine Deckung erhalten hätten. Der Betrag von Fr. 13'500.- sei deshalb als unbedingte Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ in der 3. Klasse in den Kollokationsplan aufzunehmen. Die den Betrag von Fr. 13'500.- übersteigende Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ von Fr. 2'694'816.75 hätte hingegen lediglich als bedingte Forderung gemäss Art. 210 SchKG in den Kollokationsplan aufgenommen werden dürfen. Dazu führte sie aus, es sei offensichtlich, dass das Konkursamt C._____ die gleiche Forderung zwei Mal kolloziert habe. Auch wenn die Forderung der Bank G._____ aus den sicherungsübereigneten Schuldbriefen entspringe und die Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ aus dem Darlehensvertrag, handle es sich um den selben Betrag. Der Darlehensbetrag sei von der Bank G._____ ausbezahlt worden und dürfe nur einmal zurückbezahlt werden. Würde die Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ bedingungslos zugelassen, führe dies dazu, dass die Gläubiger E._____ und F._____ eine Dividende nach Massgabe der im Kollokationsplan als unbedingt aufgenommenen Forderung erhielten, ungeachtet, ob sich die Bank G._____ vorab aus dem Pfanderlös habe befriedigen können und das Darlehen dadurch getilgt sei. Dies führe zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Gläubiger E._____ und F._____ und zu einer Benachteiligung der übrigen Gläubiger. Die Gefahr der Doppelzahlung könne nur vermieden werden, indem die Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ als bedingte Forderung gemäss Art. 210 SchKG kolloziert werde. Die Forderung sei somit unter die kumulativen Bedingungen zu stellen, dass die Bank G._____ einen Pfandausfall erleide, die Bank für den Pfandausfall die Gläubiger E._____ und F._____ in Anspruch nehme und diese die Forderung tilgen (act. 31 S. 10 ff.).

Weiter führte die Beschwerdeführerin aus, es gehe im vorliegenden Fall nicht darum, dass die Forderung eines Gläubigers gegen den Konkursiten durch einen Mitschuldner oder Bürgen solidarisch gesichert sei. Vielmehr habe der Konkursit eine Sicherheit für die Forderung der Bank G._____ gegen die Herren F._____ und E._____ gestellt, weshalb - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - kein zur Solidarschuldnerschaft und Bürgschaft analoger Fall vorliege. Art. 215

SchKG spreche von Forderungen aus Bürgschaft des Schuldners. Demnach müsse ein Bürgschaftsvertrag vorliegen, der verbindlich sei. Art. 215 SchKG diene dem Schutz des Bürgschaftsgläubigers, weil ohne diese Regelung die Bürgschaft an sich bei Konkursöffnung über den Bürgschaftsschuldner gefährdet wäre. Bei einer Drittpfandbestellung sei die Situation eine andere, weil aufgrund der sicherungsübereigneten Schuldbriefe im Aussenverhältnis (anders als bei der Bürgschaft) sogar eine unbeschränkte Forderung der Bank G._____ gegen den Konkursiten zustehe. Eine analoge Anwendung von Art. 215 Abs. 1 SchKG komme für Pfandforderungen deshalb nicht in Frage (act. 31 S. 13 f.).

Sodann räumte die Beschwerdeführerin ein, es treffe zu, dass die Darlehensforderung der Bank G._____ gegen die Herren E._____ und F._____ gemäss Art. 110 Ziff. 1 OR und Art. 827 Abs. 2 ZGB von Gesetzes wegen auf die Konkursmasse über gehe, wenn die Forderung der Bank durch die Konkursmasse gedeckt werde. Es sei deshalb richtig, den Anspruch der Konkursmasse pro memoria ins Inventar aufgenommen zu haben. Das Rückgriffsrecht sei jedoch nur werthaltig, soweit die Herren E._____ und F._____ zahlungsfähig seien. Werde die Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ als unbedingte Forderung zugelassen, so erhielten sie ihren Anteil an der Konkursdividende nach Massgabe der zugelassenen Forderung und die Konkursmasse - mithin also die übrigen Konkursgläubiger - trage das Inkassorisiko für die Rückgriffsforderung auf die Herren E._____ und F._____. Die doppelte Kollokation einer materiell identischen Forderung stelle eine offensichtliche Pflichtverletzung des Konkursamtes dar (act. 31 S. 14 f.).

2. Die betriebsrechtliche Beschwerde dient der einheitlichen und richtigen Anwendung des Betreibungs- und Konkursrechts und ermöglicht die Überprüfung der zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfügungen auf ihre Gesetzmässigkeit und Angemessenheit. Mit der Beschwerde können daher grundsätzlich nur formelle Mängel des Betreibungsverfahrens gerügt werden. Das Beschwerdeobjekt ist eine Verfügung, worunter eine bestimmte behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren zu verstehen ist, die in Ausübung amtlicher Funktionen auf Grund des SchKG und dessen Ausführungs-

bestimmungen erlassen worden ist (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 2. Auflage 2010, Art. 17 N 2, 13 und 18).

Die betreibungsrechtliche Beschwerde gegen Verfügungen eines Zwangsvollstreckungsorgans ist nur möglich, sofern das SchKG für einen konkreten Fall nicht den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt (BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 2. Auflage 2010, Art. 17 N 1). Die Kollokationsklage betrifft die materielle Rechtslage im Hinblick auf den Entscheid, ob und in welchem Umfang die fragliche Forderung am Liquidationsergebnis teilnimmt. Die Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG ist hingegen zu ergreifen, wenn der Kollokationsplan nicht eindeutig, unverständlich oder mit Formfehlern behaftet ist (BSK SchKG II-Hierholzer, 2. Auflage 2010, Art. 250 N 8; vgl. auch Franco Lorandi, *Betriebungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Art. 17 N 28 ff.). Der Kollokationsplan kann stets Anfechtungsobjekt der Aufsichtsbeschwerde sein, insoweit Verletzungen gesetzlicher Verfahrensvorschriften bei seiner Aufstellung gerügt werden. Darunter fällt auch die Verletzung der gesetzlichen Pflichten der Konkursverwaltung bei der Prüfung der Forderungen gemäss Art. 244 SchKG und Art. 59 KOV (BSK SchKG II-Hierholzer, 2. Auflage 2010, Art. 249 N 24 f. mit Hinweis auf BGE 93 III 59).

Im Rahmen von Art. 244 SchKG sind sämtliche mündlichen oder schriftlichen, rechtzeitig oder verspätet angemeldeten Konkursforderungen zu prüfen. Die Konkursverwaltung prüft die eingegebenen Forderungen nach Rechtsbestand, Höhe und Rang. Dabei wird in erster Linie auf die gemäss Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG eingelegten Beweismittel abgestellt. Die in Art. 244 SchKG statuierte Prüfung unterliegt zwar der (beschränkten) Untersuchungsmaxime. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Prüfung in langwierige und kostspielige Untersuchungen ausufern darf. Das Prüfungsverfahren muss seinen summarischen Charakter wahren. Die Konkursverwaltung hat nicht den Bestand einer Forderung, sondern den *wahrscheinlichen* Bestand einer Forderung abzuklären (BSK SchKG II-Hierholzer, 2. Auflage 2010, Art. 244 N 15 und 18). Die Rüge der ungenügenden Erfüllung der Abklärungspflicht ist durch die Beschwerde zu erheben. Beschwerdeberechtigt sind unter anderem Gläubiger, die in ihren Rechten dadurch beschränkt wurden, dass die Konkursverwaltung die Forderung eines anderen

Gläubigers ungenügend oder gar nicht geprüft zugelassen hat. Hat die Konkursverwaltung die eingegebenen Forderungen gehörig geprüft, jedoch in Bezug auf materiell-rechtliche Aspekte der Rechtsbeständigkeit, der Aktivlegitimation des abgewiesenen Gläubigers zur Geltendmachung des Anspruchs oder der Zugehörigkeit zur Konkursmasse den falschen Schluss gezogen, so steht dem Gläubiger zur Rüge dieser materiellen Mängel hingegen lediglich die Kollokationsklage zur Verfügung (BSK SchKG II-Hierholzer, 2. Auflage 2010, Art. 244 N 25 f.).

3. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, macht die Beschwerdeführerin mit der Rüge, das Konkursamt habe dieselbe Forderung im Kollokationsplan doppelt berücksichtigt bzw. dass die Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ mit jener der Bank G._____ übereinstimme, an sich einen materiellen Mangel geltend. Ob eine Forderung am Liquidationsergebnis teilnimmt, wäre mit Kollokationsklage zu rügen. Zu prüfen ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren, ob das Konkursamt C._____ die Prüfungspflicht gemäss Art. 244 SchKG gehörig vorgenommen hat oder ob diesbezüglich eine Pflichtverletzung vorliegt.

3.1. Das Konkursamt stützte sich bei der Prüfung der Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ insbesondere auf den Darlehensvertrag zwischen der D._____ AG und dem Konkursiten (act. 18/4) sowie auf die Zession der Forderung von der D._____ AG an E._____ und F._____ (act. 18/6). Es erachtete es zu Recht als belegt, dass eine Forderung von E._____ und F._____ gegenüber dem Konkursiten besteht. Aufgrund der Unterlagen betreffend die Forderung der Bank G._____ gegenüber dem Konkursiten, das heisst insbesondere des Rahmenvertrags und der Sicherungsübereignungsvereinbarung (act. 18/2-3), durfte das Konkursamt auch vom Bestand dieser Forderung ausgehen. Bei den Gläubigern dieser Forderungen handelt es sich weder um die gleichen Gläubiger, noch stützen sich die Forderungen auf das selbe Rechtsverhältnis. Die Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ besteht aufgrund des Darlehensvertrags zwischen dem Konkursiten und der D._____ AG, der Rechtsgrund der Forderung der Bank G._____ liegt hingegen in den sicherungsübereigneten Schuldbriefen. Gestützt darauf ist nicht von identischen Forderungen auszugehen.

3.2. Unter aufschiebend bedingten Forderungen versteht das Gesetz solche, deren Entstehung durch ein vor Konkurseröffnung abgeschlossenes Rechtsgeschäft vom Eintritt einer zur Zeit der Konkurseröffnung noch ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird (BSK SchKG II-Schwob, 2. Auflage 2010, Art. 210 N 3). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist gestützt auf den Darlehensvertrag, den Rahmenvertrag zum Investitionskredit und der Sicherungsübereignungsvereinbarung keine Absicht der Parteien ersichtlich, dass die Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ hinter der Forderung der Bank G._____ zurücktreten müsste. Es erscheint nicht gerechtfertigt, nun im Konkursverfahren die Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ davon abhängig zu machen, dass die Forderung der Bank G._____ nicht durch die Konkursmasse gedeckt, sondern durch E._____ und F._____ getilgt wird. Die Forderungen gründen auf verschiedenen und nicht auf voneinander abhängigen Rechtsverhältnissen. Deshalb hängt der Bestand der Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ nicht von der Tatsache ab, ob und von wem die Forderung der Bank G._____ befriedigt wird.

3.3. Gemäss Art. 60 Abs. 3 KOV ist im Fall, dass der Gemeinschuldner nur Verpfänder ist, für die pfandgesicherte Forderung also nicht persönlich einzustehen hat, die gesamte Pfandforderung unter den pfandgesicherten Forderungen im Kollokationsplan aufzunehmen mit dem Vermerk, ein Dritter sei persönlicher Schuldner (BSK SchKG II-Hierholzer, 2. Auflage 2010, Art. 247 N 53). Das Konkursamt ist dieser Vorschrift nachgekommen, indem es im Lastenverzeichnis vermerkte, dass der Konkursit nur Pfandbesteller und Titelschuldner ist und die Drittpfandschuldner F._____ und E._____ sind. Ausserdem verweist das Konkursamt bezüglich des Regressanspruchs auf Inv.-Nr. ... und ... (act. 18/13 S. 3). Im Inventar wurden die Ansprüche aus Subrogation gegenüber E._____ und F._____ im Umfang der an die Bank G._____ erbrachten Geldzahlungen vermerkt. Dies für den Fall, dass diese das vom Schuldner bestellte Pfandrecht an den Schuldbriefen beansprucht oder die Konkursverwaltung das Pfand durch Zahlung an die Gläubigerin einlösen sollte (act. 18/10 S. 10). Dabei stützte sich das Konkursamt auf Art. 110 Ziff. 1 OR und Art. 827 Abs. 2 ZGB.

Selbst die Beschwerdeführerin räumte ein, es treffe zu, dass die Darlehensforderung der Bank G. _____ gegen E. _____ und F. _____ gemäss Art. 110 Ziff. 1 OR und Art. 827 Abs. 2 ZGB auf die Konkursmasse über gehe, wenn die Forderung der Bank G. _____ durch die Konkursmasse gedeckt werde (act. 31 S. 14). Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen des Konkursamts (act. 17 S. 8 f.) und der Vorinstanz (act. 39 S. 13) verwiesen werden. Art. 215 Abs. 2 SchKG, wonach die Konkursmasse für von ihr bezahlte Forderungen aus Bürgschaften des Schuldners in die Rechte des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner und dem Mitbürgen eintritt, ist ein Anwendungsfall des in Art. 110 OR ausgesprochenen Prinzips der gesetzlichen Nachfolge (BSK SchKG II-Schwob, 2. Auflage 2010, Art. 215 N 8). Deshalb ist eine analoge Anwendung von Art. 215 Abs. 2 SchKG, wofür sich die Vorinstanz aussprach (act. 30 S. 14), durchaus naheliegend. Ob nun gestützt auf Art. 110 Ziff. 1 OR, Art. 827 Abs. 2 ZGB oder Art. 215 Abs. 2 SchKG - es steht ohnehin fest, dass der Konkursmasse ein Rückgriffsanspruch gegenüber E. _____ und F. _____ zusteht, wenn die Bank G. _____ aus der Konkursmasse befriedigt wird. Mit der Durchsetzung des Rückgriffsanspruchs wird die Konkursverwaltung verhindern können, dass E. _____ und F. _____ gleichzeitig von ihrer Schuld gegenüber der Bank G. _____ befreit werden und ihre Forderung gegenüber dem Konkursiten beglichen erhalten und damit bereichert werden.

Ein Inkassorisiko der Konkursmasse bzw. der übrigen Konkursgläubiger für die Rückgriffsforderung ist aus folgenden Gründen zu verneinen: Bevor eine Verteilung der Konkursdividende stattfinden kann, wird das Grundstück des Konkursiten zu verwerten sein. Aus dem Ergebnis der Verwertung des Grundstücks wird vorweg die pfandgesicherte Forderung der Bank G. _____ bezahlt. Die nicht pfandgesicherte Forderung der Gläubiger E. _____ und F. _____ hingegen wird aus dem Erlös der ganzen übrigen Konkursmasse (in welche auch ein allfälliger Überschuss aus der Verwertung des Grundstücks fallen würde) gedeckt (vgl. Art. 219 SchKG). Sollte die Forderung der Bank G. _____ also durch den Erlös der Grundstücksverwertung gedeckt werden, wäre dies bereits bekannt, bevor eine Konkursdividende an die Gläubiger E. _____ und F. _____ ausbezahlt würde. Demnach wüsste die Konkursverwaltung auch davon, dass der Konkursmasse

ein Regressanspruch gegenüber E._____ und F._____ zusteht, welchen sie sodann mit der Forderung der Gläubiger E._____ und F._____ verrechnen könnte, bevor diese überhaupt Geld ausbezahlt erhalten würden. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin, selbst wenn sowohl die Bank G._____ als auch die Gläubiger E._____ und F._____ in der Verteilungsliste mit einer Konkursdividende bedacht würden, noch die Möglichkeit, die Verteilungsliste (Art. 263 SchKG) anzufechten und eine ungerechtfertigte Bereicherung der Gläubiger E._____ und F._____ geltend zu machen.

3.4. Nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, inwiefern das Konkursamt eine Pflichtverletzung begangen haben soll. Es bestehen keine Zweifel daran, dass die Konkursverwaltung die Forderungen nach Rechtsbestand, Höhe und Rang sorgfältig prüfte. Mit der Aufnahme der Ansprüche aus Subrogation gegenüber E._____ und F._____ im Inventar, worauf im Lastenverzeichnis hingewiesen wird, hat sie sodann dem Drittpfandverhältnis genügend Rechnung getragen. Den Anforderungen an die Prüfung von eingegebenen Forderungen gemäss Art. 244 SchKG, welche ohnehin nur summarisch zu erfolgen braucht, wurde genüge getan.

4. Zusammenfassend hat das Konkursamt die gesetzlichen Verfahrensvorschriften bei der Aufstellung des Kollokationsplans nicht verletzt. Das Konkursamt hat die eingegebenen Forderungen gehörig geprüft. Die Beschwerde erweist sich deshalb als unbegründet und ist abzuweisen. Ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, das Konkursamt habe in Bezug auf materiell-rechtliche Aspekte den falschen Schluss gezogen, so hat sie diese materiellen Mängel mit der Kollokationsklage geltend zu machen.

IV.

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG) und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen (Art. 62 Abs. 2 GebV

SchKG). Der Beschwerdeführerin stünde eine Entschädigung angesichts ihres vollumfänglichen Unterliegens ohnehin nicht zu.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an das Bezirksgericht Horgen sowie an das Konkursamt C._____, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 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 einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Oswald

versandt am: