



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
KSK 10 51

Chur, 17. August 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

Vorsitz	Schlenker
RichterInnen	Brunner und Hubert
Redaktion	Aktuarin ad hoc Ambühl

In der Schuldbetreibungs- und Konkursache

des A., und der B., Schuldner, Gesuchsgegner und Beschwerdeführer, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Guido Lazzarini, Via Retica 26, 7503 Samedan,

gegen

den Rechtsöffnungsentscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Maloja vom 29. April 2010, mitgeteilt am 20. Mai 2010, in Sachen der F., vertreten durch die F., Gläubigerin, Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin gegen die Schuldner, Gesuchsgegner und Beschwerdeführer,

betreffend provisorische Rechtsöffnung,

I. Sachverhalt

A. Am 5. Januar 2006 unterzeichneten die F. sowie A. zwei Hypothekarverträge in der Höhe von je Fr. 1'200.000.-. Als Vertragslaufzeit für die Festhypothek wurde eine Dauer vom 13. Januar 2006 bis zum 13. Januar 2014 festgesetzt. Für den „Libor-Kreditvertrag“ wurde keine bestimmte Vertragslaufzeit vereinbart.

B. Am 8. Februar 2006 errichtete das Grundbuchamt Oberengadin einen Inhaber-Schuldbrief über eine Pfandsumme in der Höhe von Fr. 2'400'000.-. Bei dem belasteten Grundstück handelt es sich um das Stockwerkeigentum Nr. S54773, 339/1000 Miteigentum am Grundstück Nr. 2365, 6-Zimmerwohnung Nr. 1 im Erdgeschoss, mit 2 Kellerabteilen Nr. 1 und Waschküche Nr. 1 im Untergeschoss als Nebenraum, Haus A, welches im Eigentum von A. stand. Das Eigentum am Schuldbrief wurde mit Sicherungsübereignung vom 5. Januar 2006 zur Sicherung der Forderungen aus den Hypothekarverträgen an die F. übertragen.

C. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 2. Mai 2008 verkaufte A. seinen Stockwerkeigentumsanteil (Nr. S54773) an die B.. Die Eigentumsübertragung fand mit Eintrag in das Grundbuch am 9. Mai 2008 statt.

D. Mit Schreiben vom 14. April 2009 kündigte die F. A. sämtlich auf ihn lautenden Hypotheken, so unter anderem auch die am 5. Januar 2006 geschlossenen Hypothekarverträge, auf den 28. Juli 2009. Im selbigen Schreiben wurde auch die Schuldbriefforderung gekündigt.

E. Mit dem am 1. März 2010 ausgestellten Zahlungsbefehl mit der Betreibungsnummer 2104606 wurde A. aufgefordert, die Forderung in der Höhe von Fr. 2'388'000.- zu begleichen. Als Forderungsgrund wurde die Forderung aus dem gemäss Vereinbarung vom 5. Januar 2006 sicherungsübereigneten Inhaberschuldbrief vom 8. Februar 2006 über Fr. 2'400'000.- genannt, wobei sich der Umfang der fälligen Sicherungsforderung aus den Hypothekarverträgen vom 5. Januar 2006 ergebe. Auf dem Zahlungsbefehl ebenfalls genannt wird ein allfälliger Dritteigentümer des Pfandes, nämlich die B.. Dem Rechtsvertreter der Schuldner wurden am 2. März 2010 zwei Zahlungsbefehle zugestellt. Dieser erhob gleichentags Rechtsvorschlag.

F. Mit Schreiben vom 12. März 2010 gelangte die F. an das Bezirksgericht Maloja und ersuchte um provisorische Rechtsöffnung für den in Betreuung gesetzten Betrag.

G. A. und die B. machten von der Möglichkeit, sich schriftlich vernehmen zu lassen, keinen Gebrauch. An der Rechtsöffnungsverhandlung vom 29. April 2010 nahmen die Vertreter der F., Dr. C. und D., sowie Dr. iur. Guido Lazzarini als Rechtsvertreter von A. und der B., teil.

H. Das Bezirksgerichtspräsidium Maloja verfügte mit Rechtsöffnungsentscheid vom 29. April 2010, mitgeteilt am 20. Mai 2010, wie folgt:

„1. Das Gesuch wird gutgeheissen und es wird der Gesuchstellerin in der Betreuung Nr. 2104606 des Betreibungsamtes Oberengadin (Zahlungsbefehl vom 1. März 2010) für den Betrag von CHF 2'388'000.- die provisorische Rechtsöffnung erteilt.

Der Gesuchstellerin wird für das Pfandrecht über CHF 2'400'000.-, lastend auf Stockwerkeigentum Nr. S54773, 339/1000 Miteigentum an Grundstück Nr. 2365, mit Sonderrecht an der 6-Zimmerwohnung Nr. 1 im Erdgeschoss, 2 Kellerabteile Nr. 1 und Waschküche Nr. 1 im Untergeschoss als Nebenräume, Haus A, provisorische Rechtsöffnung erteilt.

2. Die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens im Betrage von Fr. 500.00 gehen zulasten der Gesuchsgegner. Sie werden bei der Gesuchstellerin unter Regresserteilung auf die Gesuchsgegner erhoben und sind innert 30 Tagen auf das PC-Konto 70-5978-5 des Bezirksgerichtes Maloja zu überweisen.

Ausseramtlich haben die Gesuchsgegner die Gesuchstellerin für ihre Umtriebe mit Fr. 500.00 zu entschädigen.

3. (Rechtsmittelbelehrung).

4. (Mitteilung).“

Begründet wurde der Entscheid insbesondere damit, dass die Gesuchstellerin mit den Hypothekarverträgen vom 5. Januar 2006 und dem Schuldbrief vom 8. Februar 2006 über rechtsgenügeliche Rechtsöffnungstitel verfüge. Die Sicherungsübereignung des Schuldbriefes an die Gesuchstellerin bewirke keine Novation der Grundpfandforderungen. Die Kündigung der Hypothekarverträge und der Schuldbriefforderung sei im Übrigen ordnungsgemäss erfolgt. Alle Forderungen seien somit korrekt per 28. Juli 2009 fällig gestellt worden. Die Zahlungsbefehle seien im Übrigen sowohl dem Schuldner als auch der Drittpfand Eigentümerin rechtmässig zugestellt worden. Betreuung und Rechtsöffnungsbegehren würden sich schliesslich gegen

dieselben Personen, nämlich den Gesuchsgegner 1 (A.) als Schuldner und die Gesuchsgegnerin 2 (B.) als Pfandeigentümerin richten. Die Gesuchstellerin habe sodann einen Inhaberschuldbrief über Fr. 2'400'000.-, datiert vom 8. Februar 2006, ins Recht gelegt, und zwar anlässlich der Rechtsöffnungsverhandlung im Original. Diese Urkunde stelle eine rechtsgenügeliche Pfandanerkennung dar. Der Gesuchstellerin sei daher auch für das geltend gemachte Pfandrecht provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.

I. Gegen diesen Entscheid erhoben A. und die B., beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Guido Lazzarini, am 31. Mai 2010 Beschwerde beim Kantonsgericht von Graubünden und stellten folgende Rechtsbegehren:

- „1. Ziffer 1 und 2 des Rechtsöffnungsentscheides des Bezirksgerichtspräsidiums Maloja vom 29.04.2010 seien aufzuheben.*
- 2. Das Gesuch der F. Zürich/Basel um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 2104606 des Betreibungsamtes Oberengadin betreffend den Zahlungsbefehl vom 02.03.2010 (recte: 01.03.2010) über einen Betrag von CHF 2'388'000.00 sei abzuweisen.*
- 3. Die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens vor Bezirksgerichtspräsidium Maloja sowie jene des Beschwerdeverfahrens seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.*
- 4. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, die Beschwerdeführer für das Rechtsöffnungsverfahren vor Bezirksgerichtspräsidium Maloja sowie für das Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen.“*

Die Beschwerdeführer bringen insbesondere vor, dass der Zahlungsbefehl nicht korrekterweise an die Drittpfandeigentümerin, mithin die B. mit Sitz in St. Moritz, gesetzlich vertreten durch den einzigen Verwaltungsrat, Dr. A., zugestellt worden sei. Die Drittpfandeigentümerin sei somit nie in den Besitz eines Zahlungsbefehls gelangt, weshalb auch kein Rechtsöffnungsverfahren eingeleitet werden könne. Im Weiteren müsse die Kündigung nicht nur gegenüber dem Schuldner, sondern auch gegenüber dem Drittpfandeigentümer direkt erfolgen. Dies sei im vorliegenden Fall offensichtlich nicht erfolgt. Zum Zeitpunkt der Kündigung sei einzig E. und nicht A. Organ und damit Verwaltungsrat der B. gewesen. Schliesslich sei in Bezug auf den Kreditvertrag über CHF 1'200'000.00 vom 05.01.2006, Konto Nr. _ darauf hinzuweisen, dass das Kreditverhältnis für eine feste Dauer vom 13.01.2006 bis 13.01.2014 abgeschlossen worden sei. Demzufolge hätte die Kündigung zumindest in Bezug auf diesen Kreditvertrag seitens der F. nicht erfolgen dürfen und die in Betreuung gesetzte Forderung über

CHF 2'388'000.00 sei bezüglich des Teilbetrages von CHF 1'200'000.00 am 01.03.2010 noch nicht zur Rückzahlung fällig gewesen.

J. In der Beschwerdeantwort vom 24. Juni 2010 beantragte die F., die Beschwerde sei abzuweisen und es sei der Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Maloja vom 29. April 2010 zu bestätigen. Der Bezirksgerichtspräsident Maloja verzichtete auf die Einreichung einer Vernehmlassung.

Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1.a) Gegen Entscheide des Bezirksgerichtspräsidiums in Rechtsöffnungssachen (Art. 15 Abs. 1 Ziff. 2 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GVV zum SchKG; BR 220.100]) kann gemäss Art. 236 Abs. 1 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO; BR 320.000) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 24 GVV zum SchKG innert zehn Tagen seit der schriftlichen Mitteilung Rechtsöffnungsbeschwerde an das Kantonsgericht von Graubünden erhoben werden. Für das Beschwerdeverfahren in Rechtsöffnungssachen gelten die Bestimmungen der Zivilprozessordnung (Art. 24 GVV zum SchKG, Art. 236 Abs. 3 ZPO). Die Beschwerde hat schriftlich zu erfolgen, wobei mit kurzer Begründung anzugeben ist, welche Punkte des Entscheids angefochten und welche Abänderungen beantragt werden (Art. 233 Abs. 2 ZPO).

b) Die Beschwerde vom 31. Mai 2010 wurde frist- und formgerecht eingereicht, weshalb darauf einzutreten ist.

2.a) Die Beschwerdeführer führen in ihrer Beschwerdeschrift vom 31. Mai 2010 unter anderem aus, dass der hier in Frage stehende Zahlungsbefehl sowohl als Schuldner als auch als Dritteigentümer einzig „A. Dr., St. Moritz, vertreten durch RA Dr. Guido Lazzarini, Via Retica 26, 7503 Samedan“ nenne. Der Zahlungsbefehl sei nicht in korrekter Art und Weise an die Drittpfand Eigentümerin, mithin die B. mit Sitz in St. Moritz, gesetzlich vertreten durch den einzigen Verwaltungsrat, Dr. A., zugestellt worden. Der Drittpfand Eigentümer, die B., sei folglich nie in Besitz eines Zahlungsbefehls gelangt. Des Weiteren sei A. zum

Zeitpunkt der Kündigung am 14. April 2009 nicht Eigentümer der hier in Frage stehenden Pfandobjekte gewesen. Vor allem sei A. im Zeitpunkt der Kündigung auch nicht Verwaltungsrat der B. gewesen. Damit machen die Beschwerdeführer sinngemäss geltend, der Zahlungsbefehl sei einerseits nicht ordnungsgemäss an die B. zugestellt worden und andererseits sei der Zahlungsbefehl inhaltlich nicht korrekt, da auf dem Zahlungsbefehl sowohl als Schuldner als auch als Drittpfandeigentümer einzig und allein der Name von A. erscheine.

b) Art. 65 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG; SR 281.1) regelt ausführlich die Zustellung von Betreibungsurkunden an juristische Personen, unter anderem auch an solche, die im Handelsregister eingetragen sind. Die juristische Person vermag als solche keine Zustellung entgegenzunehmen, für sie handeln demzufolge natürliche Personen, also deren Vertreter. Zweck dieser Bestimmung ist es, diese Vertreter zu bezeichnen und die Ersatzzustellung zu regeln (vgl. D. Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1-87 SchKG, Basel/Genf/München 1998, N. 1f. zu Art. 65 SchKG). Eine mangel- oder fehlerhafte Zustellung ist anfechtbar. Die Beschwerdefrist und die Frist für die Erhebung des Rechtsvorschlags beginnen erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme. Wenn eine Zustellung nichtig ist, hat die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen in das Verfahren einzugreifen und die Nichtigkeit festzustellen. Nichtig ist die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls, von welchem der Schuldner keine Kenntnis erhält. Wenn der Schuldner jedoch vom Zahlungsbefehl, namentlich von dessen Inhalt auf andere Weise Kenntnis erhalten hat, ist die Zustellung nicht nichtig. Eine mangelhafte anfechtbare, aber nicht nichtige Zustellung ist nur zu wiederholen, wenn ein Rechtsschutzinteresse des Schuldners gegeben ist. Wenn die erneute und ordentliche Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betriebenen keine zusätzlichen Erkenntnisse über die angehobene Betreibung verschafft und dessen Rechte trotz der mangelhaften Zustellung gewahrt sind, fehlt ein solches Rechtsschutzinteresse (vgl. D. Staehelin, SchKG-Kommentar, a.a.O., N 23 zu Art. 64). Bei der B. handelt es sich um eine im Handelsregister eingetragene juristische Person im Sinne von Art. 65 Abs. 1 Ziffer 2 SchKG. Empfangsberechtigt ist diesfalls jedes Mitglied des Verwaltungsrates. Einziges Verwaltungsratsmitglied der B. war zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls am 2. März 2010 gemäss Handelsregisterauszug A.. Betreibungsurkunden sind grundsätzlich im Geschäftslokal der betriebenen Gesellschaft zuzustellen. Die Zustellung kann jedoch auch an die Adresse des Vertreters erfolgen (vgl. D. Staehelin, SchKG-Kommentar, a.a.O., N 9 zu Art. 65).

Vorliegend hat der Rechtsvertreter von A. den Zahlungsbefehl am 2. März 2010 ohne direkten Widerspruch entgegengenommen und seinen Mandanten in der Folge wohl auch über den Eingang dieses Zahlungsbefehls in Kenntnis gesetzt. Aufgrund dessen erlangte A. - nicht zuletzt auch in seiner Funktion als Verwaltungsrat der B. - sowohl vom Zahlungsbefehl als auch von dessen Inhalt Kenntnis. Wäre er der Ansicht gewesen, die Zustellung des Zahlungsbefehls sei fehlerhaft erfolgt, hätte er diese fehlerhafte Zustellung innert 10 Tagen seit Kenntnisnahme bei der Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 17 SchKG anfechten müssen. Eine nachträgliche Berufung auf einen solchen Formmangel bei der Zustellung des Zahlungsbefehls erweist sich als rechtsmissbräuchlich und ist deshalb unbeachtlich (vgl. D. Staehlin, SchKG-Kommentar, a.a.O., N 23 zu Art. 64). Die Rüge, dass der Zahlungsbefehl nicht korrekterweise an die Drittpfand Eigentümerin zugestellt worden sei, erweist sich somit als unbegründet.

c) Die Beschwerdeführer rügen im Weiteren, dass auf dem Zahlungsbefehl sowohl als Schuldner als auch als Dritteigentümer einzig A. erscheine, womit er sinngemäss geltend macht, der Zahlungsbefehl sei inhaltlich fehlerhaft. Grundsätzlich ist gemäss Art. 151 Abs. 1 lit. a SchKG in der Betreuung auf Pfandverwertung im Begehren auch der Name des Dritten anzugeben, der das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat. Vorliegend ist der Name der Dritteigentümerin - der B. - auf dem Zahlungsbefehl ebenfalls zu finden, allerdings am falschen Ort und zwar im unteren Teil unter der Rubrik „Pfandgegenstand/allfälliger Dritteigentümer des Pfandes“. In diesem Zusammenhang wird auch der Name des Verwaltungsrates - A. - aufgeführt. Wie bereits ausgeführt, vermag eine juristische Person als solche keine Zustellung entgegenzunehmen, für sie handeln natürliche Personen als deren Vertreter, vorliegend A.. Seiner Funktion entsprechend muss der Zahlungsbefehl den Schuldner in die Lage versetzen, sich in Kenntnis der wesentlichen Umstände zum Zahlungsbegehren des Gläubigers äussern zu können. Die Angaben im Zahlungsbefehl müssen daher so gehalten sein, dass sie jeden Zweifel darüber ausschliessen, wer, von wem, für welchen Betrag betrieben wird. Wesentliche Bestandteile des Zahlungsbefehls sind nach der Praxis nur solche, ohne die der Schuldner innerhalb der Bestreitungsfrist nicht ordnungsgemäss zur Betreuung Stellung nehmen und sich auch nicht über die Gültigkeit der Urkunde Rechenschaft geben kann. In diesem Sinne ist zwar die Angabe über die Person des Schuldners wesentlicher Bestandteil, allerdings führt eine mangelhafte Parteibezeichnung nur dann zur Nichtigkeit des Zahlungsbefehls, wenn die mangelhafte Angabe geeignet war, die Beteiligten irrezuführen und wenn diese

tatsächlich irregeführt worden sind (vgl. D. Staehlin, SchKG-Kommentar, a.a.O., N 31 zu Art. 69). Vorliegend erweist sich der Mangel nicht als derart gravierend, als dass dieser zur Nichtigkeit des Zahlungsbefehls führen könnte, ist doch der Name der Drittpfand Eigentümerin, nämlich der B., deren Verwaltungsrat A. ist, auf dem Zahlungsbefehl, welcher zweifach zugestellt worden ist, aufgeführt, allerdings nicht oben, sondern weiter unten. Von einer Irreführung oder von einem Irrtum kann somit keine Rede sein. Im Weiteren fehlt es an einem schützenswerten Interesse der Schuldner an der Aufhebung des Zahlungsbefehls. Insbesondere erlangte A. sowohl in seiner Funktion als Schuldner als auch in derjenigen als Verwaltungsrat der B. vom Inhalt des Zahlungsbefehls Kenntnis. Die Beschwerde erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet.

3.a) Gegenstand des Rechtsöffnungsverfahrens gemäss Art. 80 ff. SchKG bildet ausschliesslich die Frage, ob für den in Betreuung gesetzten Betrag ein Rechtstitel besteht, der die hemmende Wirkung des Rechtsvorschlags zu beseitigen vermag. Das Rechtsöffnungsverfahren hat ausschliesslich betreibungsrechtlichen Charakter. Es wird darüber entschieden, ob die Betreuung weitergeführt werden kann oder ob der Gläubiger auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen wird. Dagegen hat der Rechtsöffnungsrichter über die materiellrechtliche Frage des Bestehens der entsprechenden Forderung nicht zu befinden. Die Prüfung der materiellen Begründetheit der Forderung ist dem ordentlichen Gericht vorbehalten (vgl. Amonn/ Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 19 N. 22; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. Aufl., Zürich 1984, Bd. I, § 18 Rz. 22).

b) Nach Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG kann der Richter die provisorische Rechtsöffnung erteilen, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht und diese durch Einwendungen des Betriebenen nicht entkräftet wird. Wer somit provisorische Rechtsöffnung begehrt, muss als Titel eine derartige Schuldanerkennung vorlegen. Als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG gilt unter anderem auch die Privaturkunde, die den vollen und liquiden Beweis für die in Betreuung gesetzte Forderung erbringt, das heisst, die neben der Person des Schuldners auch diejenige des Gläubigers nennt, die sich über die Höhe der Forderung und deren Fälligkeit äussert und aus der sich der klare Wille des Schuldners zur Zahlung seiner Schuld ergibt (vgl. Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 1 N. 1). Als Privaturkunde im erwähnten Sinne des Art. 82 Abs. 1 SchKG gelten alle von den Parteien privat aufgesetzten

Schriftstücke wie Briefe, Verträge, Schuldscheine, Wechsel, Checks und dergleichen, welche zur Bekräftigung der anerkannten Schuld die Unterschrift des Schuldners tragen (vgl. D. Staehelin, SchKG-Kommentar, a.a.O., N. 13 zu Art. 82 SchKG; Amonn/Walther, a.a.O., § 19 N. 74). Daneben berechtigt zur provisorischen Rechtsöffnung eine Schuldanerkennung, die durch öffentliche Urkunde festgestellt ist. Öffentliche Urkunden im Sinne der vorliegenden Bestimmung sind, wie bei Art. 9 ZGB, nur die vom Bundesprivatrecht vorgesehenen Register und Urkunden (vgl. D. Staehelin, SchKG-Kommentar, a.a.O., N 5 zu Art. 82).

4.a) Gemäss dem Zahlungsbefehl vom 1. März 2010 wird als Forderungsgrund die „Forderung aus dem gemäss Vereinbarung vom 5. Januar 2006 sicherungsübereigneten Inhaberschuldbrief vom 8. Februar 2006 über Fr. 2'400'000.- im 1. Rang lastend im Grundbuch St. Moritz: im Umfang der fälligen Sicherungsforderungen gemäss Kreditverträge vom 05.01.2006“ genannt. Der Forderungsgrund wird vorliegend anhand zwei unterschiedlicher Grundlagen - dem Inhaberschuldbrief einerseits und den Hypothekarverträgen andererseits - umschrieben, weshalb nachfolgend vorerst zu prüfen ist, wie diese zwei Titel zueinander stehen und welcher schliesslich den Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 SchKG darstellt.

b) Nach Art. 842 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB: SR 210) wird durch den Schuldbrief eine persönliche Forderung begründet, die grundpfändlich sichergestellt ist. Der Schuldbrief bezweckt mithin die Sicherung einer Forderung (vgl. Schmid/ Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2009, N 1805 ff.). Forderung und Grundpfand sind dabei untrennbar miteinander verbunden (D. Staehelin in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2007, N 3 f. zu Art. 842). Bei der Errichtung eines Schuldbriefs wird sowohl für die Pfandforderung wie auch über das Pfandrecht vom Grundbuchamt ein Wertpapier ausgestellt. Das Gesetz sieht für den Schuldbrief einen besonderen Vertrauensschutz vor, gestaltet den Schuldbrief demnach als Wertpapier öffentlichen Glaubens aus. Dies zeigt sich darin, dass sowohl gemäss Art. 865 ZGB als auch nach Art. 866 ZGB die Forderung beziehungsweise der Pfandtitel für jedermann zu Recht besteht, der sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen hat (vgl. D. Staehelin, Basler Kommentar, a.a.O., N 3 f. zu Art. 842). Der Schuldbrief entsteht als Grundpfandrecht gemäss den allgemeinen Regeln mit der Eintragung in das Grundbuch (vgl. Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N 1821 ff.). Wie bereits erwähnt, bezweckt der Schuldbrief die Sicherung einer Forderung. Ein Schuldner errichtet und übergibt den Schuldbrief einem Gläubiger folglich aus

einem bestimmten Rechtsgrund. Dieser Rechtsgrund (Grundverhältnis) kann verschieden ausgestaltet sein. So kann der Schuldner aus irgendeinem Grund bereits Schuldner des Gläubigers sein, oder es kann vereinbart werden, dass der Schuldner im Moment der Übergabe des Titels vom Gläubiger eine Gegenleistung, zum Beispiel ein Darlehen, erhält. In beiden Fällen hat der Gläubiger demnach eine Forderung gegen den Schuldner aus einem bestimmten Grundverhältnis. Mit Ausstellung und Begebung des Titels wird der Gläubiger auch Gläubiger der abstrakten Schuldbriefforderung. Diese Forderung muss von der Forderung aus dem Grundverhältnis unterschieden werden und ist mit ihr nicht identisch. Fraglich ist nun, in welchem Verhältnis Schuldbriefforderung und Forderung aus dem Grundverhältnis zueinander stehen. So kann unter anderem der Schuldbrief dem Gläubiger an Erfüllungs Statt übergeben werden, womit die Grundforderung durch Novation getilgt wird und der Gläubiger bloss noch Gläubiger der Schuldbriefforderung ist. Oder aber die Errichtung und Übergabe des Schuldbriefes erfolgt sicherheitshalber, womit die Schuldbriefforderung die Grundforderung nicht tilgt, sondern neben sie tritt (vgl. D. Staehlin, Basler-Kommentar, a.a.O., N 1 zu Art. 855).

c) Im vorliegenden Fall errichtete das Grundbuchamt Oberengadin am 8. Februar 2006 einen Inhaber-Schuldbrief für eine Schuld in der Höhe von Fr. 2'400'000.-. Die grundpfandrechtliche Sicherstellung für den genannten Betrag wurde auf das Stockwerkeigentum Nr. S54773, 339/1000 Miteigentum am Grundstück Nr. 2365, 6-Zimmerwohnung Nr. 1 im Erdgeschoss, mit 2 Kellerabteilen Nr. 1 und Waschküche Nr. 1 im Untergeschoss als Nebenraum, Haus A, welche zum Zeitpunkt der Errichtung allesamt im Eigentum von A. standen, eingetragen. Der Inhaber-Schuldbrief wurde vorliegend zum Zwecke der Sicherung der Grundforderung aus den Hypothekarverträgen vom 5. Januar 2006 errichtet und mit Sicherungsvereinbarung vom 5. Januar 2006 („atto di cessione in garanzia“) an die F. übertragen. Dadurch wurde die F. Gläubigerin der Grundpfandforderung und des Grundpfandrechts sowie Eigentümerin des Grundpfandtitels. Durch die Hingabe des Schuldbriefes wird die Forderung aus dem Grundverhältnis - vorliegend die Hypothekarverträge vom 5. Januar 2006 - jedoch nicht erfüllt, sondern sichert diese bloss. Bei einer solchen Sicherungsübereignung wird - wie bereits erwähnt - dem Gläubiger die Schuldbriefforderung zu vollem Recht übertragen und gleichzeitig vereinbart, dass die durch den Schuldbrief zu sichernde Grundforderung daneben bestehen bleibt, mithin die Grundforderung nicht noviert werden soll (vgl. Art. 855 Abs. 2 ZGB). Eine solche Vereinbarung ist namentlich dann sinnvoll, wenn das Grundverhältnis

spezifische Vereinbarungen enthält oder permanenten Änderungen unterworfen ist, wie es bei einem Baukredit beispielsweise der Fall ist (vgl. D. Staehlin, Basler-Kommentar, a.a.O., N 11 zu Art. 855). Dementsprechend verhält es sich im vorliegenden Fall, wo die Hingabe des Schuldbriefes an die F. lediglich sicherheitshalber erfolgte und die Grundforderung aus den genannten Hypothekarverträgen daneben weiter bestehen bleibt. Die F. ist folglich gleichzeitig Gläubigerin der parallel bestehenden Forderung aus dem Grundverhältnis als auch der Grundpfandforderung. Die Gläubigerin hat in einem solchen Fall grundsätzlich die Wahl, für die Forderung aus dem Grundverhältnis Betreuung auf Pfändung einzuleiten oder gestützt auf den Schuldbrief für die Schuldbriefforderung Betreuung auf Grundpfandverwertung - wie es im vorliegenden Fall gemacht wurde - anzuheben. Stets aber muss der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auf den offenen Betrag aus dem Grundverhältnis beschränken (vgl. BGE 134 III 71 ff.; Schmid/Hürllimann-Kaup, a.a.O., N 1849m). Daher liegt der Betrag, für welchen die Vorinstanz provisorische Rechtsöffnung erteilt hat, unter der Summe, welche im Schuldbrief aufgeführt ist. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Inhaber-Schuldbrief den Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG darstellt, wobei er sowohl die Grundforderung als auch das Grundpfandrecht verkörpert. Die Höhe des in Betreuung gesetzten Betrages ergibt sich dabei aus den Hypothekarverträgen vom 5. Januar 2006.

5.a) Die Beschwerdeführer machen in ihrer Beschwerde vom 31. Mai 2010 an das Kantonsgericht von Graubünden geltend, die F. habe mit Schreiben vom 14. April 2009 die Kündigung der Kreditverhältnisse einzig und alleine gegenüber Herrn A. ausgesprochen. Zu jenem Zeitpunkt sei A. zwar Schuldner der hypothekargesicherten Forderung, mithin unter anderem auch der Betreuungsforderung von CHF 2'388'000.00, gewesen. Der Genannte sei jedoch nicht Eigentümer der Pfandobjekte und vor allem sei Herr A. im Zeitpunkt der Kündigung nicht Verwaltungsrat der B. als Pfandeigentümerin gewesen. Die Kündigung sei mithin weder der Pfandeigentümerin, nämlich der B., was korrekt gewesen wäre, noch einem Organ der Gesellschaft zugestellt worden. Die Beschwerdeführer machen somit sinngemäss geltend, dass die Forderung aufgrund der fehlenden Zustellung der Kündigung an die Drittpfandeigentümerin gegenüber dieser gar nicht fällig geworden sei und damit keine Betreuung hätte eingeleitet werden dürfen, worauf nachfolgend näher eingegangen wird.

b) Eine Forderung kann nur dann in Betreuung gesetzt werden, wenn sie fällig ist (vgl. D. Staehlin, SchKG-Kommentar, a.a.O., N 77 zu Art. 82). Die Fälligkeit

kann entweder durch Zeitablauf oder durch Kündigung eintreten, wobei die Fälligkeit infolge Zeitablaufs besonders vereinbart werden muss. Ohne besondere Vereinbarung kann die Schuldbriefforderung durch Kündigung fällig gestellt werden (vgl. D. Staehlin, Basler-Kommentar, a.a.O., N 1 zu Art. 844). Eine Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung ist grundsätzlich formlos gültig, wird jedoch meist schriftlich erklärt. Wurde ein Schuldbrief sicherungsübereignet, so bewirkt, anderslautende Vereinbarungen vorbehalten, die Fälligkeit der gesicherten Forderung nicht eo ipso die Fälligkeit der Schuldbriefforderung. Zumindest im Rechtsöffnungsverfahren, wo liquide Urkunden vorgelegt werden müssen, muss diesfalls eine ausdrückliche Kündigung der Schuldbriefforderung vorgelegt werden. Sie muss dabei nicht nur an den Schuldner, sondern auch gegenüber dem Drittpfandeigentümer ausgesprochen werden (vgl. D. Staehlin, Basler-Kommentar, a.a.O., N 7 zu Art. 844).

c) Gemäss dem vorliegenden Inhaber-Schuldbrief wird die Schuld auf Grund einer separaten Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger verzinst, abgezahlt und gekündigt. Im Weiteren wird im Inhaber-Schuldbrief jedoch explizit ausgeführt, dass die Schuld unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist jederzeit kündbar sei. Mit Schreiben vom 14. April 2009 kündigte die F. A. sämtlich Hypotheken, welche auf seinen Namen lauten, auf den 28. Juli 2009, mithin einer Frist von 90 Tagen. In demselben Schreiben wurde auch die Schuldbriefforderung gekündigt. Gemäss dem Kreditvertrag vom 5. Januar 2006 wurde für die Festhypothek eine Vertragslaufzeit vom 13. Januar 2006 bis zum 13. Januar 2014 vereinbart. Diesbezüglich bringen die Beschwerdeführer vor, dass zumindest in Bezug auf diesen Kreditvertrag eine Kündigung seitens der F. gar nicht hätte erfolgen dürfen. Die Allgemeinen Bestimmungen zur F. Festhypothek auf der Rückseite des „Contratto di ipoteca fissa F.“ normieren jedoch ein Kündigungsrecht der F. auf 90 Tage unter bestimmten Voraussetzungen, wie beispielsweise Zahlungsrückständen. Gemäss dem Kündigungsschreiben vom 14. April 2009 hat sich A. mit den Zinszahlungen in Verzug befunden, weshalb ihm in Übereinstimmung mit der in den Allgemeinen Bestimmungen enthaltenen Frist von 90 Tagen sämtliche gewährten Kredite gekündigt wurden. Ob sich der die Beschwerde führende Schuldner mit den Zinszahlungen tatsächlich in Verzug befand, muss in diesem Zusammenhang nicht weiter geprüft werden. Einerseits handelt es sich bei dem vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren um ein summarisches Verfahren, bei welchem über den materiellen Bestand der Forderung nicht zu befinden ist. Andererseits stellt A. die vorinstanzlichen Feststellungen, der Schuldner sei mit der Rückzahlung in Verzug gewesen, gar

nicht in Abrede. Der Zugang der Kündigung der Hypothekarverträge sowie der Schuldbriefforderung bei A. erfolgte nachgewiesenermassen am 21. April 2009, womit die Forderungen bei Anhebung der Betreuung im März 2010 fällig gewesen sind. Nachfolgend wird geprüft, ob die Kündigung zur Erlangung ihrer Gültigkeit auch separat gegenüber der B. als Drittpfandeigentümerin hätte ausgesprochen werden müssen.

d) Durch den Verkauf der Liegenschaft an die B. am 2. Mai 2008 sind die Eigentümerschaft am pfandbelasteten Grundstück und die Schuldnerschaft nachträglich auseinandergefallen. Solche Drittpfandverhältnisse sind auch bei Schuldbriefen ohne weiteres möglich (vgl. Schmid/Hüririmann-Kaup, a.a.O., N 1812). Gemäss Art. 845 ZGB in Verbindung mit Art. 827 ZGB wird dem Drittpfandeigentümer die Befugnis gewährt, das Grundpfandrecht unter den gleichen Voraussetzungen abzulösen wie der Schuldner, indem er den Pfandgläubiger befriedigt. Der Eigentümer, dessen Grundstück eine fremde Schuld sichert, kann so einer Zwangsvollstreckung zuvorkommen, indem er die Pfandschuld, sobald sie fällig ist, selbst tilgt. Dieses Recht auf Ablösung steht dem Drittpfandeigentümer jedoch nur dann zu, wenn es dem Schuldner selbst gestattet ist, die Schuld zu tilgen (Trauffer, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2007, N 1 zu Art. 827). Der Pfandgläubiger hat bei der Geltendmachung seiner Rechte auf Drittpfandverhältnisse Rücksicht zu nehmen, weshalb nach Art. 831 ZGB eine Kündigung der Forderung durch den Gläubiger gegenüber dem Eigentümer der Pfandsache, der nicht Schuldner ist, nur dann wirksam ist, wenn sie gegenüber Schuldner und Eigentümer ausgesprochen wird. Da der Dritteigentümer jedoch nicht Schuldner der Forderung ist, genügt es richtigerweise, wenn der Gläubiger ihn von der Kündigung an den Schuldner in Kenntnis setzt. Wenn der Schuldner einer grundpfandgesicherten Forderung das verpfändete Grundstück veräussert, muss die Kündigung grundsätzlich auch gegenüber dem neuen Erwerber erfolgen, sofern dieser nicht auf eine andere Art und Weise von derselben Kenntnis erhalten hat (siehe sinngemäss Trauffer, a.a.O., N 2 zu Art. 831).

e) Vorliegend war die Drittpfandeigentümerin – die B. – nicht Kündigungsadressatin der aus den Kreditverträgen geltend gemachten Forderungen. Zum Zeitpunkt der Kündigung am 14. April 2009 fungierte A. noch nicht als Verwaltungsrat der B.. Eine Kündigung an die B. war jedoch - wie nachfolgend aufzuzeigen ist - gar nicht nötig. Einerseits ist die B. als Drittpfandeigentümerin erwiesenermassen nicht Schuldnerin der Forderungen aus den Hypothekarverträgen, weshalb die Kündigung der Hypothekarverträge

gegenüber der B. nicht hatte ausgesprochen werden müssen. Zudem hat bei der vorliegenden Sicherungsübereignung - wie oben ausgeführt - keine Novation der Forderungen aus den Hypothekarverträgen stattgefunden. Demzufolge bedurfte es auch keiner separaten Kündigung der Schuldbriefforderung gegenüber der B.. Vielmehr genügt es, wenn die Drittpfand Eigentümerin sonst wie innert nützlicher Frist erfährt, dass die F. das Schuldverhältnis gegenüber A. gekündigt hat (vgl. dazu BGE 5A_748/2007). Zweck der Anzeige beziehungsweise der Information der Kündigung des Grundverhältnisses an die Drittpfand Eigentümerin ist wie bereits ausgeführt insbesondere, dass diese ihre eigene Stellung als Drittpfand Eigentümerin wahren kann, mithin den Pfandgläubiger an Stelle des Schuldners befriedigen und so der Zwangsverwertung des Grundstücks zuvorkommen kann. Die B. hatte vorliegend spätestens im September 2009 – was dem Zeitpunkt entspricht, als A. als Verwaltungsrat der B. auftrat – von der Kündigung der Hypothekarverträge Kenntnis erlangt. Damit verfügte sie noch immer über genügend Zeit, um ihre Rechte als Drittpfand Eigentümerin wahren zu können, auch wenn diese spätere Kenntnisnahme nicht innerhalb der Kündigungsfrist von 3 Monaten lag. Insbesondere war der Drittpfand Eigentümerin zu diesem Zeitpunkt noch hinreichend Gelegenheit gegeben, die Verwertung des Grundstücks durch Bezahlung der Schuld aufgrund einer Forderungsübernahme abzuwenden, zumal die Betreibung auf Pfandverwertung erst 5 Monate später, nämlich am 1. März 2010 eingeleitet worden ist. Das Vorbringen der Beschwerdeführer, die Kündigung sei der B. nie zugestellt worden und die Forderung sei demnach gar nie fällig geworden, erweist sich somit als unbegründet, weshalb die Beschwerde auch diesbezüglich abzuweisen ist.

6. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen und der Rechtsöffnungsentscheid der Vorinstanz zu schützen. Es sei aber noch bemerkt, dass es den Beschwerdeführern unbenommen bleibt, eine Klage im ordentlichen Verfahren mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Beweismitteln anzuheben (Art. 79 Abs. 1 SchKG). Ob sie mit einer solchen Klage durchzudringen vermögen, ist an dieser Stelle nicht zu beantworten und wird ausdrücklich offen gelassen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 3'000.- zuzüglich einer Schreibgebühr den Beschwerdeführern auferlegt (vgl. Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 GebV SchKG). In betreibungsrechtlichen Summarsachen (Art. 25 Ziff. 2 SchKG) kann das Gericht der obsiegenden Partei auf Verlangen für Zeitversäumnisse und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine angemessene Entschädigung zusprechen, deren Höhe im Entscheid festzusetzen ist (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG). Den

notwendigen Aufwand hat die Beschwerdegegnerin nicht beziffert, weshalb die angemessene Entschädigung nach Ermessen auf Fr. 300.- (inkl. MwSt.) festzusetzen ist.

III. Demnach wird erkannt

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Fr. 3'000.-- gehen zu Lasten der Beschwerdeführer.
3. Die Beschwerdeführer haben der Beschwerdegegnerin für das Verfahren vor Kantonsgericht eine aussergerichtliche Entschädigung von Fr. 300.-- zu bezahlen.
4. Gegen diese einen Streitwert von mindestens 30'000.- Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Das Rechtsmittel ist inner 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG.
5. Mitteilung an: