Urteilskopf

110 III 87

24. Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 1. Juni 1984 i.S. KIMA Treilerservice (Rekurs)
Regeste (de):
Sicherung des Massevermögens.

1. Das Konkursamt ist nicht befugt, Gegenstände, die im Besitze eines Dritten sind, der daran das Eigentum beansprucht, herbeiführen zu lassen oder dem Dritten zu verbieten, darüber zu verfügen (E. 1).

2. Die Konkurseröffnung ist der massgebliche Zeitpunkt, um zu bestimmen, wer an einer im Konkurs strittigen Sache den Gewahrsam hat (E. 2).

Regeste (fr):
Conservation des biens de la masse.

1. L'Office des faillites n'a pas le pouvoir de faire amener des objets qui se trouvent dans la possession d'un tiers qui en revendique la propriété, ni d'empêcher le tiers d'en disposer (c. 1).

2. L'ouverture de la faillite est le moment déterminant pour fixer qui a la possession d'une chose litigieuse dans la faillite (c. 2).

Regesto (it):
Garanzia dei beni della massa.

1. L'Ufficio dei fallimenti non ha la facoltà di farsi consegnare oggetti che si trovano in possesso di terzi che ne rivendicano la proprietà, né di proibir loro di disporre degli stessi (consid. 1).

2. L'apertura del fallimento è il momento determinante per stabilire chi ha in custodia un oggetto litigioso nel fallimento (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 87

Über die Rytag AG Internationale Transporte wurde am 4. Juli 1983 der Konkurs eröffnet. Im Inventar der Konkursitin wurden unter anderem sieben Sattelschlepper, Baujahr 1983, der Marke "Kögel", die im Kanton Basel-Stadt unter den Nummern BS 10 668-10 674 immatrikuliert waren, aufgeführt. Diese Lastwagen waren der Rytag AG von der Firma Greyhound Financial & Leasing Corp. AG in Zug (kurz GAG) in Leasing gegeben worden. Als Standort wurde für sechs Lastwagen "Nord-Afrika" und für einen "D-Irschenberg, Unfall" vermerkt. Die GAG, die im Konkurs eine Forderung von Fr. 980'000.– eingab, beanspruchte das Eigentum an den Lastwagen. Mit Zirkular vom 15. Dezember 1983 beantragte das Konkursamt Basel-Stadt in seiner Eigenschaft als Konkursverwalterin den Gläubigern, die sieben Lastwagen der GAG freizugeben. Dem Antrag wurde zugestimmt. Einzig die Firma KIMA Treilerservice, Bergen op Zoom, Niederlande, war nicht einver-

standen und verlangte von der Konkursmasse die Abtretung der Rechte gegen die GAG. Am 1. Februar 1984 stellte das Konkursamt der KIMA eine entsprechende Abtretungsurkunde aus. Gleichentags teilte es der KIMA mit, dass die Konkursmasse nie den Gewahrsam über die sieben Lastwagen gehabt habe

BGE 110 III 87 S. 88

und dass sie als Abtretungsgläubigerin deshalb in einem Prozess die Klägerrolle zu übernehmen habe. Mit Beschwerde vom 13. Februar 1984 stellte die KIMA folgende Begehren: "1. Das Konkursamt Basel-Stadt sei anzuweisen, in Anwendung von Art. IV der Übereinkunft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg betreffend die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beidseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826, die sieben Auflieger "Kögel" (Inv. Nr. V 7) zu admassieren; 2. Das Konkursamt Basel-Stadt sei anzuweisen, der Dritteigentumsansprecherin, Fa. Greyhound Financial & Leasing Corporation AG, Zug, gemäss Art. 242 SchKG Frist zur Geltendmachung ihres Aussonderungsanspruches anzusetzen; 3. Das Konkursamt Basel-Stadt sei unabhängig davon anzuhalten, die Vorgänge um den Verbleib der erwähnten Auflieger abzuklären." Die Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt des Kantons Basel-Stadt wies die Beschwerde mit Entscheid vom 2. April 1984 ab. Mit Rekurs an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts wiederholt die KIMA ihre Rechtsbegehren an die Basler Aufsichtsbehörden mit der Ergänzung in Ziffer 3, dass das Konkursamt anzuweisen sei, "bei Feststellen strafrechtlich relevanter Tatbestände die Akten an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten". Das Konkursamt und die GAG schliessen in ihren Vernehmlassungen auf Abweisung des Rekurses.

Erwägungen

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. a) Die Rekurrentin macht zunächst eine Verletzung von Art. 221 SchKG geltend. Sie wirft dem Konkursamt vor, es habe die erforderlichen Massnahmen unterlassen, um den Ort ausfindig zu machen, wo sich die Lastwagen befanden. Es habe zudem unterlassen, sich um deren Rückführung in die Schweiz zu bemühen. Sie kritisiert auch, das Konkursamt habe das Strassenverkehrsamt nicht darauf aufmerksam gemacht, dass die Lastwagen zur Konkursmasse gehörten und dass deshalb das Konkursamt allein über die Fahrzeugausweise und Nummernschilder verfügen könne. Im weiteren hätte das Konkursamt beim Bekanntwerden, dass sich die Lastwagen auf dem Gebiete des ehemaligen Königreiches Württemberg befinden, diese durch die deutschen Behörden

BGE 110 III 87 S. 89

aufgrund des Staatsvertrages von 1825 mit der Krone Württemberg beschlagnahmen lassen müssen. Sobald es erfahren habe, dass die GAG im Besitze der Fahrzeugausweise und der Nummernschilder sei, hätte es zudem von der GAG Auskunft über den Standort der Fahrzeuge verlangen und sich die Papiere herausgeben lassen müssen. Die Tatsache, dass die Rechte der Masse an die Rekurrentin abgetreten worden seien, ändere nichts an der grundsätzlichen Pflicht des Konkursamtes, die umstrittenen Fahrzeuge zu beschlagnahmen. b) Soweit

die Rekurrentin dem Konkursamt vorwirft, es habe in der Vergangenheit nicht richtig gehandelt, ist ihr Rekurs unzulässig. Der Rekurs kann nur bezwecken, dem Konkursamt gemäss Art. 21 SchKG ausführbare Anweisungen zu erteilen, nicht jedoch, allfällige, in der Vergangenheit liegende Fehler des Konkursamtes feststellen zu lassen, um so einer eventuellen Verantwortlichkeitsklage eine bessere Ausgangslage zu verschaffen (BGE 105 III 36 /37 mit Hinweisen). c) Im übrigen ist eine Verletzung von Art. 221 SchKG keineswegs erstellt. Diese Bestimmung weist das Konkursamt ganz allgemein an, die erforderlichen Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens des Konkursiten zu ergreifen. Sie wird ergänzt und präzisiert durch Art. 223 SchKG, der bestimmt, welche konkreten Sicherungsmassnahmen das Konkursamt ergreifen soll (BGE 99 III 16 E. 3; FRITZSCHE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht nach schweizerischem Recht, 2. Aufl., Bd. II, S. 109/110). Das Amt hat nun aber Gegenstände, die im Besitze eines Dritten sind, der daran das Eigentum beansprucht, nicht in Gewahrsam zu nehmen. Es ist auch nicht befugt, sie herbeiführen zu lassen oder dem Dritten zu verbieten, darüber zu verfügen. Im vorliegenden Fall befanden sich die strittigen Sattelschlepper nicht auf einer Liegenschaft der Konkursitin. Sie konnten daher weder in Gewahrsam genommen noch mit einem Siegel versehen werden. Vielmehr behauptete der einzige Verwaltungsrat der Konkursitin bei der Konkurseröffnung und Inventaraufnahme, er wisse nicht, wo sich die Lastwagen genau befänden und er könne die Lastwagenführer auch nicht erreichen. Die in Art. 223 SchKG vorgesehenen Massnahmen waren praktisch ausgeschlossen. Soweit der Verwalter der Konkursitin dem Konkursamt falsche Auskünfte erteilt haben sollte, wäre er gestützt auf die Art. 163, 169 und 323 Abs. 4 StGB strafrechtlich zu belangen. Nachdem jedoch das Konkursamt vergeblich die notwendigen Auskünfte zu erhalten

versucht hatte, war es ihm nicht möglich, irgendwelche Massnahmen über ihm unzugängliche Vermögenswerte zu ergreifen.

2. Die Rekurrentin rügt auch eine Verletzung von Art. 242 Abs. 2 SchKG und Art. 52 KOV, weil die Konkursverwaltung ihr die Klägerrolle im Prozess um die Herausgabe der Lastwagen übertragen habe. a) Art. 242 Abs. 2 SchKG ist nur anwendbar, wenn die Konkursmasse Gewahrsam über die Vermögenswerte hat, welche Gegenstand von Aussonderungsansprüchen bilden. Aus Art. 45 KOV, welcher die Anwendbarkeit der Art. 46 bis 54 KOV abgrenzt, ergibt sich ausdrücklich, dass diese Bestimmungen zur Anwendung gelangen, wenn sich die von einem Dritten zu Eigentum angesprochenen Sachen in der Verfügungsgewalt der Masse befinden. Hat die Masse die umstrittene Sache nicht in Gewahrsam, so obliegt es ihr oder ihrem Zessionar, gegen den gewahrsamhabenden Dritten auf Herausgabe der Sache zu klagen; dabei ist der Kläger an keine Frist gemäss SchKG gebunden (BGE 99 III 15 mit Hinweisen). Unter Gewahrsam ist die ausschliessliche tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache zu verstehen (BGE 93 III 102 /103, BGE 85 III 51, 145, BGE 76 III 12). Diese Verfügungsgewalt ist auch massgebend für die Verteilung der Prozessrollen in einem Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106 bis 109 SchKG (BGE 87 III 12 mit Hinweisen, BGE 60 III 219). Die Betreibungsbehörden haben grundsätzlich nicht zu prüfen, ob die tatsächliche Verfügungsgewalt rechtens ist (BGE 87 III 12). Falls der Dritte den Gewahrsam durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft erworben hat, fällt nur der obligatorische Anspruch auf Rückübertragung in die Konkursmasse (BGE 99 III 15 /16 mit Hinweisen). b) Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Verwalter der Konkursitin im Zeitpunkt der Konkurseröffnung und Inventaraufnahme erklärt hat, er wisse nicht, wo sich die umstrittenen Lastwagen befänden. Die Vorinstanz hat diesbezüglich für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass sich die Lastwagenfahrer seit dem 2. Juli 1983 nicht mehr als Angestellte der Rytag AG betrachteten. Es kann demnach nicht ernstlich behauptet werden, die Konkursitin habe den Besitz an den Lastwagen nicht verloren, weil sie nur wegen einer der Natur nach vorübergehenden Verhinderung den Gewahrsam nicht ausüben konnte (Art. 921 ZGB). Hätte sie die Fahrzeuge verloren oder wären sie ihr sonstwie gegen ihren Willen abhanden gekommen, hätte sie diese gemäss Art. 934 ZGB zurückverlangen können.

Das ist allerdings für die Frage, wer den Gewahrsam im massgebenden Zeitpunkt innehatte, unerheblich. Die Rekurrentin macht geltend, die Konkursitin habe am Tage der Konkurseröffnung den Gewahrsam über die Lastwagen gehabt, weil ein solcher sich aus den Fahrzeugausweisen ergebe. Den Akten ist zu entnehmen, dass die GAG am 24. Januar 1984 die Nummernschilder und die Fahrzeugausweise dem Basler Strassenverkehrsamt übergeben hat. Es geht aus den Akten nicht hervor, auf welchen Namen die Fahrzeugausweise ausgestellt waren. Auch ist nicht bekannt, von wem die GAG die Wagenpapiere und die Nummernschilder hatte. Angesichts der Vorschrift von Art. 81 VZV (SR 741.51) könnte vermutet werden, dass, falls die GAG die Annullierung der Fahrzeugausweise veranlasst hat, sie auch als Fahrzeughalterin aufgeführt war. Das mag jedoch dahingestellt bleiben, denn die frühere Rechtsprechung, wonach der im Fahrzeugausweis aufgeführte Halter automatisch den Gewahrsam am Fahrzeug innehabe (BGE 60 III 219, BGE 64 III 138), wurde später abgeschwächt (BGE 80 III 28, BGE 76 III 38, BGE 67 III 144). Danach hat der in den Wagenpapieren aufgeführte Halter ungeachtet der Rechtslage jedenfalls dann keinen Gewahrsam mehr an seinem Fahrzeug, wenn dieses gestohlen wurde, verlorenging oder von ihm aufgegeben wurde. c) Die kantonale Aufsichtsbehörde ist davon ausgegangen, dass der Gewahrsam an den strittigen Lastwagen jedenfalls im Dezember 1983 an die GAG übergegangen war, als diese sie in eine Reparaturwerkstätte hatte führen lassen. Sie vertritt demnach die Meinung, dass die GAG die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Lastwagen noch vor dem Entscheid der Konkursverwaltung über die Anerkennung der Eigentumsansprache hatte und dass die Gewährsverhältnisse in diesem Zeitpunkt massgebend seien. Sie beruft sich dabei auf BGE 24 I 723 und auf FRITZSCHE, a.a.O., Bd. II, S. 135. FAVRE (Droit des poursuites, S. 324, Ziff. 2, lit. A, b, beta) vertritt die gleiche Auffassung. Auch JAEGER (Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, N. 3A zu Art. 242 SchKG) meint, auf den Moment des Konkursausbruches komme es nicht an, vielmehr sei der Augenblick des Entscheides über den Aussonderungsanspruch massgebend. Immerhin meint dieser Autor, dass der Drittansprecher sich nicht auf eine durch ihn willkürlich herbeigeführte Veränderung des Gewahrsams nach der Konkurseröffnung berufen dürfe, genausowenig wie auf eine gemäss Art. 204 SchKG für die Konkursgläubiger ungültige Übertragung

des Gewahrsams durch den Kridar. PIGUET (Les contestations de droit matériel dans la poursuite pour dettes et la faillite, diss. Lausanne 1950, S. 125, N. 144) schreibt, für die Beantwortung der Frage, wer Gewahrsam an einer Sache habe, sei nicht der Zeitpunkt der Konkurseröffnung, sondern jener der Entscheidung über eine Drittansprache massgebend. Er meint jedoch, dass der Zeitpunkt der Konkurseröffnung vernünftiger wäre. GILLIÉRON (Cours de LP, S. 438) stellt fest, dass die Mehrheit der Lehre und das Bundesgericht die Meinung verträten, der massgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des Gewahrsams sei nicht die Konkurseröffnung, sondern jener, an dem die Konkursmasse sich entscheide, die Drittansprache zu bestreiten. Er fügt aber bei, dass die Masse in den meisten Fällen den Gewahrsam nur innehaben könne, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung bereits die ausschliessliche Verfügungsgewalt gehabt habe. BRAND schliesslich (SJK, 1172, S. 3 N. 4) hält den Zeitpunkt der Konkurseröffnung als ausschlaggebend. Die Rechtsprechung hatte bisher keine Veranlassung, diese Frage wieder aufzugreifen. In BGE 85 III 144 hat das Bundesgericht geprüft, ob der Gewahrsam an einer von einem Dritten beanspruchten Sache im Zeitpunkt der Konkurseröffnung auf die Masse übergegangen sei, beziehungsweise, ob die ausgeschlagene Erbschaft Gewahrsam innehabe. Es hat in diesem Entscheid implizit anerkannt, dass der massgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung, wer Gewahrsam habe, jener der Konkurseröffnung sei und nicht jener des Entscheides über die Drittansprache. In BGE 93 III 103 hat es erwogen, dass die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Sache bis zur Eröffnung des Konkurses dem Gemeinschuldner zukomme, nachher gehe sie auf die Konkursmasse über. Beim Streit um die Prozessrollen-

verteilung im Widerspruchsverfahren nach Art. 106 bis 109 SchKG hat sich die Rechtsprechung im Falle einer Drittansprache bei einer Pfändung ganz klar dafür ausgesprochen, dass sich der Gewahrsam nach dem Zeitpunkt der Pfändung bestimme (BGE 80 III 115 mit Hinweisen). Gegebenenfalls müsse man auf einen früheren Zeitpunkt abstellen, nämlich auf den Zeitpunkt der Arrestierung, wenn die Pfändung infolge einer Arrestbetreibung erfolgt sei. Im Grunde komme es nur auf den Zeitpunkt an, in dem der Betriebene die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache verliere, sei es aufgrund der Pfändung (Art. 96 SchKG), sei es aufgrund eines Arrestes (Art. 275 SchKG, welcher für den Vollzug des Arrests auf die Vorschriften bei der

Pfändung verweist; BGE 76 III 89 /90). Diese Regel ist nunmehr sinngemäss auch beizuziehen, wenn es gilt, den massgeblichen Zeitpunkt des Gewahrsams an einer strittigen Sache im Konkurs zu bestimmen. Es kommt demnach auf den Zeitpunkt des Gewahrsams bei der Konkurseröffnung an (vgl. Art. 204 SchKG). Diese Meinung vertritt im Ergebnis auch JAEGER (a.a.O., N. 3A in fine zu Art. 242 SchKG). Die Rekurrentin macht daher zu Recht geltend, die Vorinstanz hätte nicht auf Umstände, die nach der Konkurseröffnung eingetreten sind, abstellen dürfen, um zu bestimmen, wer die tatsächliche Verfügungsgewalt über die strittigen Sattelschlepper hatte. Die unzutreffende Rechtsauffassung der Vorinstanz ändert allerdings im vorliegenden Fall nichts am Ergebnis; denn die Konkursitin hatte bereits im Zeitpunkt der Konkurseröffnung den Gewahrsam an den Lastwagen verloren. Da sie die Verfügungsgewalt im Sinne von Art. 45 KOV in diesem massgebenden Zeitpunkt nicht hatte, konnte sie die Konkursmasse von ihr auch nicht erwerben.

3. Aus dem Gesagten folgt, dass die Konkursverwaltung keine Schritte zu unternehmen hat, um die im Inventar aufgenommenen Lastwagen auch materiell in die Masse zurückzuholen. Es wird allenfalls Sache des mit der Klage auf Herausgabe der Lastwagen befassten Richters sein, entsprechend vorsorgliche Massnahmen zu ergreifen (BGE 99 III 16 E. 3 mit Hinweisen). Ihm wird es auch obliegen, zu prüfen, welche Folgen der zwischen der Konkursitin und der GAG geschlossene Leasingvertrag in bezug auf das Eigentum an den Lastwagen hat. Das Rechtsbegehren 3 des Rekurses, das erstmals vor Bundesgericht gestellt wurde und deshalb unzulässig ist, wäre deshalb unbegründet, falls darauf eingetreten werden könnte.

Dispositiv

Demnach erkennt die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer:
Der Rekurs wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.