S. 193 / Nr. 54 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 62 III 193

54. Entscheid vom 27. Juni 1936 i. S. Bank in Zofingen.

Seite: 193
Regeste:
Zulassung im Kollokationsplan des Konkurses bezw. Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung:
1. einer Forderung des A, für die, neben andern Pfändern, eigene Obligationen des Gemeinschuldners haften, unter den faustpfandversicherten Forderungen;
2. der genannten Obligationen unter den unversicherten Forderungen zugunsten des B, Bürgen des A. (Konkludenter) Verzicht des B auf letztere Kollokation und entsprechende nachträgliche (konkludente) Aufhebung derselben durch die Konkursverwaltung.
Beansprucht A nichtsdestoweniger gemäss Art. 61 der Konkursverordnung die Konkursdividende sowohl für die ihm verpfändeten Obligationen (als Drittpfänder) wie auch für seine ganze nach Abzug des Erlöses aus den andern Pfändern verbleibende Forderung, so liegt es ihm ob, deswegen gerichtliche Klage zu erheben, und die Konkursverwaltung kann ihm Frist dazu ansetzen.
Admission à l'état de collocation de la faillite ou du concordat par abandon d'actif:
1° d'une créance de A, en garantie de laquelle ont été constituées en gage des obligations émises par le débiteur lui-même, cette créance étant colloquée sous la rubrique des créances garanties par gage;

Seite: 194
2° de ces mêmes obligations au profit de B, caution de A, sous la rubrique des créances non garanties par gage.
Renonciation (présumée) de B à cette dernière collocation et conséquemment, annulation (sous-entendue) de cette collocation par l'administration de la faillite.
Si A entend néanmoins, en vertu de l'art. 61 ord. fail., invoquer le droit au dividende tant pour les obligations engagées à son profit que pour la part de sa propre créance qui n'a pas été couverte par les autres gages, il doit faire valoir cette prétention par voie d'action, et l'administration peut lui fixer un délai à cet effet.
Ammissione nella graduatoria del fallimento o del concordato con abbandono dell'attivo:
1° d'un credito di A, a garanzia del quale il debitore ha costituiti vari pegni, e, tra gli altri, obbligazioni da lui stesso emesse, siccome credito pignoratizio;
2° di queste stesse obbligazioni emesse dal debitore, siccome credito non pignoratizio di B, fideiussore di A.
Rinuncia (tacita) di B a quest'ultima collocazione, e, pertanto, annullazione (tacita) della stessa da parte dell'amministrazione del fallimento.
Pretende nondimeno B d'aver diritto al dividendo tanto per le obbligazioni emesse a suo favore perché pegni di terzi, che per la parte del suo avere che non è stata coperta dagli altri pegni, e ciò in virtù dell'art. 61 Ord. fall., egli deve adire la via giudiziaria, e l'amministrazione del fallimento può assegnargli a tal uopo un termine.

A. – In der Liquidation zufolge Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung der Baukontor Bern A.-G. meldete die Rekurrentin – zum Teil verbürgte – Forderungen im Betrage von über Fr. 200000.– nebst folgenden Faustpfandrechten an:
«a) durch die Bankontor A.-G. verpfändet:
100 Aktien Hirschi-Baumann A.-G. à Fr. 1000.– nom...
b) durch die oben sub 2 erwähnten 5 Solidarbürgen verpfändet:
Fr. 100000.– 6% Obligationen Baukontor Bern A.-G. von 1928...»
Die Kollokation erfolgte mit folgender Angabe der Pfänder:

Seite: 195
«a) 100 Aktien Hirschi-Baumann A.-G. Nr. 1-100 à Fr. 1000.– = Fr. 100000.–. Inventar Nr. 17.
b) 100 Obligationen Baukontor Bern A.-G. Nr. 201/300 à Fr. 1000.– = Fr. 100000.–. Inventar Nr. 36.»
Ferner wurden die erwähnten Bürgen als Gläubiger dieser Obligationen zugelassen. Sie bestreiten jedoch, jemals Gläubiger der Obligationen geworden zu sein und dieselben (anders als zum Schein) der Rekurrentin verpfändet zu haben.
Am 16. Juli 1934 schrieb der Liquidator der Baukontor Bern A.-G. an die Rekurrentin: «... Für die pfandversicherten Forderungen kann der Zins bis zur Verwertung der Pfänder verlangt werden. Die

Aktien Hirschi-Baumann A.-G. sind verwertet worden. Der Erlös von Fr. 38000.– ist Ihnen... überwiesen worden. Für die Obligationen Baukontor findet eine Verwertung nicht statt, indem dafür die Nachlassdividende ausbezahlt wird. Als Zeitpunkt der Verwertung wird deshalb die Anerkennung und Feststellung der Forderung, d. h. die Auflage des Kollokationsplanes zu betrachten sein, d. h. 3. Juli 1934. Damit ich Ihre Forderung, welche in der V. Klasse zu kollozieren ist, feststellen kann, ersuche ich Sie, mir eine Aufstellung Ihrer Forderungen mit Zinsberechnung bis 3. dies zukommen zu lassen.»
Die Rekurrentin tat dies.
Am 11. September 1934 schrieb der Liquidator der Baukontor Bern A.-G. an die Rekurrentin: «Ihre Forderungen
betragen:
Total Fr. 224555.–
Abzüglich Gegenwert Aktien Hirschi-Baumann Fr. 38000.–
Bleibt Kurrentforderung Fr. 186555.–
Die 1. Rate der Nachlassdividende von 10%, welche gegenwärtig an die Gläubiger ausbezahlt wird, beträgt Fr. 18655.50. Ich lasse Ihnen diesen Betrag zugehen.»
Über die definitive Verteilungsliste erteilte der

Seite: 196
Liquidator der Baukontor Bern A.-G. am 2. April 1936 der Rekurrentin folgenden Auszug:
«Zugelassene Forderung.... Fr. 164344.50
Betreffnis 21%.... Fr. 34512.35
Hievon sind ausbezahlt.... Fr. 18655.50
Bleiben auszubezahlen.... Fr. 15856.85
Der genannte, jedoch auf Fr. 164354.50 richtiggestellte Betrag ergibt sich durch Abzug des laut definitiver Verteilungsliste den Bürgen zugeteilten (jedoch ebenfalls der Rekurrentin ausbezahlten) Betreffnisses von Fr. 22200.50 = 21% von 100 Obligationen der Baukontor Bern A.-G. nebst Zins.
B. – Mit der vorliegenden Beschwerde stellte die Rekurrentin den Hauptantrag, «es seien die uns verpfändeten Obligationen Baukontor Bern A.-G. von nom. Fr. 100000. - als Drittpfänder im Sinne von Konkursverordnung Art. 61 I zu behandeln und demgemäss der Erlös aus ihrer Verwertung zur Berechnung der Höhe unserer Pfandausfallforderungen von unseren Forderungen nicht in Abzug zu bringen», sondern die Pfandausfallforderungen seien mit Fr. 186555.– zuzulassen, sowie Eventualanträge.
C. – Die kantonale Aufsichtsbehörde hat am 2. Juni 1936 die Beschwerde teilweise in dem Sinne geschützt, dass sie den Liquidator der Baukontor Bern A.-G. anwies, eine Mitteilung an die Rekurrentin betreffend die Abweisung ihres Anspruches auf Behandlung der 100 Obligationen Baukontor Bern A.-G. als Drittpfand zu erlassen, verbunden mit einer Klagfristansetzung gemäss Art. 250 SchKG – und die Beschwerde im übrigen abgewiesen.
D. – Diesen Entscheid hat die Rekurrentin an das Bundesgericht weitergezogen.
Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:
Den Akten ist nicht zu entnehmen, wieso es im Kollokationsplan zur Zulassung einer Forderung der Bürgen

Seite: 197
«Willy Meister und Mithafte (Bank in Zofingen)» als Gläubiger aus den der Rekurrentin verpfändeten 100 Obligationen der Baukontor Bern A.-G. in deren Liquidation zufolge Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gekommen ist. Dass die Bürgen eine solche Forderung angemeldet haben, als der Kollokationsplan im Sommer 1934 aufgelegt wurde, kann nicht angenommen werden, nachdem sie schon im Herbst 1933 während des (vorbereitenden) Nachlassverfahrens abgelehnt hatten, als Eigentümer der Obligationen betrachtet zu werden; hierin wäre vielmehr ein eigentlicher Rückzug einer allfälligen Eingabe der Bürgen im (vorbereitenden) Nachlassverfahren zu sehen. Jedenfalls ergibt sich aus ihrem Verhalten, dass sie gegenwärtig keinerlei Rechte mehr aus der zu ihren Gunsten erfolgten Kollokation herleiten wollen; dann ist aber auch der kollozierende Konkursverwalter oder Liquidator zufolge Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung nicht mehr an die Kollokation gebunden und kann sie (ausdrücklich oder konkludent) zurücknehmen, ohne dass irgendwelche Dritte hiegegen Einwendungen erheben und sich weiterhin auf jene Kollokation berufen könnten, und zwar auch nicht etwa ein (Konkurs-)Gläubiger, der am Gegenstand jener Kollokation Pfandrecht beansprucht, weil dessen Rechtsbestand ja nicht davon abhängig ist, ob die Obligationen zum Massevermögen oder im Gegenteil einem Dritten gehören. Eine solche nachträgliche (konkludente) Aufhebung der Kollokationsverfügung zugunsten der Bürgen der Rekurrentin als Gläubiger der der Rekurrentin verpfändeten Obligationen liegt nun gerade darin, dass der Liquidator bei der Verteilung die Obligationen der Nachlasschuldnerin nicht als von Dritten, eben den Burgen, der Rekurrentin bestelltes Pfand gelten lässt, sondern sie als von der Baukontor Bern A.-G. selbst der Rekurrentin

verpfändet behandelt. Insoweit die Rekurrentin als Pfandgläubigerin wegen der Vorschrift des Art. 61 der Konkursverordnung einen Vorteil daraus herleiten will, dass die ihr verpfändeten Obligationen nicht zum Massevermögen

Seite: 198
gehören, sondern im Eigentum eines Dritten (hier der Bürgen) stehen, genügt nicht schon die (jederzeit verzichtbare) Zulassung jenes Dritten als Gläubigers der verpfändeten Obligationen, sofern diese (übrigens wohl mangels Eingabe gar nicht formrichtig zustande gekommene) Zulassung nachträglich mit dessen Einverständnis wieder aufgehoben wird.
Dagegen muss es alsdann dem Pfandgläubiger vorbehalten bleiben, im gerichtlichen Verfahren den Nachweis zu leisten, dass sein Pfand wirklich nicht zum Massevermögen gehöre, sondern im Eigentum eines Dritten stehe, und dass daher seine Forderung ohne Rücksicht auf das Pfand in ihrem vollen (anerkannten) Betrag als unversicherte an der Verteilung des freien Massevermögens teilnehmen könne. Hierüber ist im bisherigen Kollokationsverfahren noch keine einwandfreie Abklärung erfolgt, weil die Vorschrift des Art. 61 KV, wonach in solchen Fällen die Forderung unter blosser Erwähnung des Pfandes in ihrem vollen (anerkannten) Betrag unter die unversicherten Forderungen im Kollokationsplan aufzunehmen ist, wegen des Pfandrechtes an den unbestrittenermassen zum Massevermögen gehörenden Aktien der A.-G. Hirschi-Baumann nicht wohl buchstäblich beobachtet werden konnte. Infolgedessen figuriert die Forderung der Rekurrentin überhaupt nicht als unversicherte im Kollokationsplan, und da bei der Kollokation unter den faustpfandversicherten Forderungen bezüglich beider Pfänder auf das Masse-Inventar verwiesen wurde, so lässt sich aus der die Rekurrentin selbst betreffenden Kollokationsverfügung nicht wohl eine Anerkennung des Liquidators herleiten, dass die verpfändeten Obligationen nicht ein zum Massevermögen gehörendes Pfand, sondern ein Drittpfand seien. (Übrigens erklärt der Liquidator nicht unglaubhaft, die verpfändeten Obligationen seien im Kollokationsplan nur deshalb auf die Namen der Bürgen unter die unversicherten Forderungen eingestellt worden, um Verwechslungen mit anderen Positionen des Kollokationsplanes zu vermeiden, keineswegs

Seite: 199
in der Meinung, die Bürgen als Obligationäre anzuerkennen.) Auch die Ausrichtung der Abschlagsdividende auf dem ganzen bezw. nur durch den Erlös aus den mitverpfändeten Aktien der Hirschi-Baumann A.-G. verminderten Forderungsbetrag an die Rekurrentin darf von dieser nicht ohne weiteres als Anerkennung des Drittpfandes durch den Liquidator in Anspruch genommen werden, weil der Liquidator damals die verpfändeten Obligationen sehr wohl einfach aus dem Grund noch ausser Spiel lassen konnte, dass der daraus zu gewinnende Pfanderlös, nämlich die darauf entfallende Konkursdividende ja doch noch nicht endgültig bekannt sei. Es ist überhaupt unangebracht, derartige Verfügungen in gleicher Strenge nach der Erklärungstheorie auslegen zu wollen wie privatrechtsgeschäftliche Erklärungen; nur soviel können die Beteiligten füglich verlangen, dass ihre Lage nicht durch unklares Verhalten bei der Kollokation erschwert werde, und dem wird ja dadurch genügend Rechnung getragen, dass der gerichtliche Austrag der Streitfrage vorbehalten bleibt.
Der Rekurrentin kann nicht zugestanden werden, hiefür die Klägerrolle der Liquidationsmasse zuzuschieben. Solches muss sich die Konkursmasse (und entsprechend die zufolge Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gebildete Liquidationsmasse) nur gefallen lassen, wenn sie Vermögensstücke aus dem Besitze Dritter zur Masse ziehen will. Dagegen ist es der Konkursverwaltung (und entsprechend auch dem Nachlass-Liquidator) verstattet, Forderungs- oder (und) Pfandrechts-Ansprecher durch blosse Abweisung im Kollokationsplan in die Klägerrolle zu drängen, auch wenn deren Rechte prima facie noch so gut ausgewiesen erscheinen und, wie vorliegend, nichts anderes als Simulation dagegen eingewendet werden kann. Was vorliegend streitig ist, ist einem Forderungsstreit viel wesensverwandter als einem Admassierungsstreit, weil der Streit einfach darauf hinausläuft, dass der Liquidator der Rekurrentin ein Recht nicht zugestehen will, das zur Voraussetzung hat, den Bürgen stehen aus den der

Seite: 200
Rekurrentin verpfändeten Obligationen Forderungsrechte gegenüber der Nachlasschuldnerin zu. Für einen Streit dieser Art kann der Liquidationsmasse nicht zugemutet werden, ihrerseits Klage zu erheben.
Hieraus folgt ohne weiteres, dass die Verteilung nicht auf Grund der Verteilungsliste vom 2. April 1936 stattfinden kann, sondern erst auf Grund einer nach Austrag der Klage der Rekurrentin auf Grund der dannzumaligen Verhältnisse neu aufzulegenden Verteilungsliste. Insofern ist der die Zinsfrage betreffende Eventualantrag zur Zeit gegenstandslos. Immerhin mag dazu bemerkt werden, dass die Rekurrentin mit dem in dieser Beziehung erhobenen Anspruch nicht deswegen ausgeschlossen werden darf, weil sie dem Schreiben des Liquidators vom 16. Juli 1934 nicht

widersprochen hat. Schon vorher, durch ihre Eingabe, hatte sie sich auf den Standpunkt gestellt, die Obligationen seien Drittpfand, und insofern konnte es ihr gleichgültig sein, auf welches Datum die (fingierte) Pfandverwertung verlegt werde, weil sie unter allen Umständen einfach für ihre ganze (bezw. nur durch den Erlös aus den mitverpfändeten Aktien verminderte) Forderung die Nachlassdividende beanspruchen zu dürfen glaubte – was jedoch mit dem weiteren Zinsenlauf gegenüber dem Nachlasschuldner bezw. der Nachlassmasse nicht zu vereinbaren wäre. Sollte sie diesen (vorher vom Liquidator nie eindeutig bestrittenen) Standpunkt nicht mit Erfolg zur Geltung bringen können, so muss es ihr unbenommen bleiben, die Frage neu aufzurollen, wieviel vom Pfanderlös für den auf ihrer Pfandforderung aufgelaufenen Zins in Anspruch genommen werde.
Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:
Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen