Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV)

Kommentar

Herausgegeben von

Dominik Milani / Marc Wohlgemuth

DIKE

erstellt oder Missverständnissen vorgebeugt werden kann, könnte eine Sitzung beispielsweise zusätzlich auf Tonband aufgezeichnet werden (analog Art. 235 ZPO). Diese Aufnahmen können ein Protokoll allerdings nicht ersetzen, sondern dienen lediglich als Hilfsmittel (ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 235 N 15).

12 Des Weiteren sollte den Gläubigerausschussmitgliedern vor Beginn der nächsten Sitzung ein Entwurf des Protokolls zugestellt werden, damit sie dieses kontrollieren und anschliessend genehmigen können. Denkbar ist auch, dass allfällige Berichtigungsvorschläge erst anlässlich der folgenden Gläubigerausschusssitzung besprochen und sodann im nächsten Protokoll festgehalten werden. Die Protokolle sind schliesslich vom Vorsitzenden und vom Protokollführer zu unterzeichnen (siehe hierzu SPRECHER, Gläubigerausschuss, Rz 670 f.).

13 Nach Konkursschluss ist das Gläubigerausschussprotokoll mit dem Konkursprotokoll zu verbinden (Art. 44 i.V.m. Art. 10 Abs. 3). Es bildet damit integrierenden Bestandteil des Konkursprotokolls (Art. 10 Abs. 3; siehe hierzu die Kommentierung zu Art. 10). Artikel 44 gilt ausdrücklich auch dann, wenn zur Verfahrensleitung eine ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt wurde (Art. 97).

2. Verfasser des Protokolls

14 Ein *Mitglied des Gläubigerausschusses* kann beauftragt werden, das Protokoll zu führen. Auch ein *unbeteiligter Dritter* kommt als Protokollführer in Betracht. Überdies kann der Gläubigerausschuss die *Konkursverwaltung*, sofern diese nicht gerade ihrer Amtstätigkeit nachkommen muss, oder einen *Angestellten des Konkursamtes* mit der Protokollführung betrauen (siehe hierzu SPRECHER, Gläubigerausschuss, Rz 667; GEHLER, 71; MARTZ, 102).

III. Fehlerhaftes Gläubigerausschussprotokoll

15 Ist das Protokoll des Gläubigerausschusses unvollständig oder unrichtig und weigert sich der Gläubigerausschuss, das mangelhafte Protokoll anpassen zu lassen, kann – wie beim Gläubigerversammlungsprotokoll – Beschwerde geführt werden (BSK SchKG II-RUSSENBERGER, Art. 237 N 55 m.w.H.). Die Beschwerde ist unbefristet möglich (siehe hierzu die Kommentierung zu Art. 42 unter N 32).

IV. Kosten

16 Die Kosten für das Protokoll bestehen in der Entschädigung des Protokollführers in der Höhe von CHF 60.00 je halbe Stunde Sitzungszeit (Art. 46 Abs. 3 lit. a GebV SchKG). Bei anspruchsvollen Verfahren kann die Aufsichtsbehörde die Entschädigungsansätze für die Mitglieder des Gläubigerausschusses nach Art. 46 Abs. 3 und 4 GebV SchKG – und somit auch für den Protokollführer – erhöhen (Art. 47 Abs. 2 GebV SchKG).

V. Gläubigerausschussprotokoll im Nachlassverfahren

17 Art. 44 ist analog auch für den Gläubigerausschuss im Nachlassverfahren anwendbar (BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 320 N 7). Sowohl der (vorläufige) Gläubigerausschuss im Rahmen der Nachlassstundung gemäss Art. 295a SchKG als auch der nach der Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung eingesetzte Gläubigerausschuss (Art. 317 Abs. 2 SchKG) haben über ihre Beratungen ein Protokoll zu führen (zu den Aufgaben und Kompetenzen des Gläubigerausschusses im Nachlassverfahren siehe WYSS, Kollektive Beteiligungsrechte, 285 ff.). Indes reicht es aus, wenn das Protokoll – im Gegensatz zum Protokoll des Gläubigerausschusses im Konkursverfahren – lediglich summarisch abgefasst wird (BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 320 N 7). Da der Sachwalter wie auch der Liquidator im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 295 Abs. 3 und Art. 320 Abs. 3 SchKG) gemäss Art. 8 SchKG verpflichtet sind, über ihre Tätigkeiten sowie die bei ihnen eingehenden Begehren und Erklärungen Protokoll zu führen, ist das Gläubigerausschussprotokoll auch in diesem Fall mit dem Protokoll des Sachwalters bzw. des Liquidators zu verbinden.

Art. 45

4. Aussonderungsansprüche a. Verfügung der Konkursverwaltung

Die *Verfügung über die Herausgabe von Sachen*, welche sich in der Verfügungsgewalt der Masse befinden und von einem Dritten zu *Eigentum* angesprochen werden (Art. 242 SchKG und Art. 34 dieser V), ist nach Ablauf der Eingabefrist (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) zu erlassen, ohne Rücksicht darauf, ob der Ansprecher selbst den Anspruch angemeldet habe oder ob die Sache vom Gemeinschuldner oder von einer andern Person als Dritteigentum bezeichnet worden sei. Die Verfügung ist auch

dann noch zu erlassen, wenn der Anspruch erst nach der Versteigerung des angesprochenen Gegenstandes, jedoch vor der Verteilung des Erlöses angemeldet wird.

Art. 45

4. Revendications a. Décision de l'administration

L'administration de la faillite *statuera,* après expiration du délai de production prévu à l'article 232, 2e alinéa, chiffre 2 LP, *sur la remise de biens* trouvés en la détention du failli et dont la *propriété* est revendiquée par des tiers (art. 242 LP et art. 34 de la présente ordonnance). Elle rendra sa décision soit que le droit du tiers à la revendication ait été produit par lui-même, soit que ce droit ait été déclaré par le failli ou par une autre personne. Enfin, cette décision de l'administration sera prise même si l'objet revendiqué a été vendu aux enchères, pourvu que le droit du tiers sur cet objet ait été déclaré à l'office avant la répartition du produit de la réalisation.

Art. 45

4. Rivendicazioni a. Decisione da parte dell'amministrazione del fallimento

Le *decisioni* relative alla *restituzione* di cose che si trovano nella detenzione della massa e sono rivendicate da un terzo (art. 242 LEF, art. 34 del presente R), devono esser prese dopo decorso il termine per l'insinuazione dei crediti (art. 232 cpv. 2 n. 2 LEF), sia che la rivendicazione sia stata fatta dal terzo o da altri in suo nome o che la cosa sia stata indicata dal fallito come proprietà del terzo. Una decisione dev'essere presa, anche se la pretesa del terzo viene notificata dopo la vendita, ma prima del riparto del ricavo della vendita.

Übersicht

		Note
I.	Allgemeines	1
II.	Anwendungsbereich	4
III.	Aussonderungsgründe	9
1.	Allgemeines	9
2.	Eigentum	10
3.	Auftragsrechtliche Aussonderung	15
4.	Konkursrechtliche Aussonderungsgründe	16
IV.	Voraussetzungen	24
1.	Gewahrsam	24
2.	Anmeldung des Aussonderungsanspruchs	28
3.	Verfügung der Konkursverwaltung	29

I. Allgemeines

1 Art. 45–54 stellen die Ausführungsbestimmungen zu Art. 242 SchKG dar. In der KOV wird allerdings nur das Aussonderungsverfahren geregelt; nicht geregelt wird das Admassierungsverfahren gemäss Art. 242 Abs. 3 SchKG, mit dem Vermögenswerte zur Masse gezogen werden. Das Admassierungsverfahren wird in den gewöhnlichen prozessualen Formen abgewickelt (vgl. KUKO SchKG-

Bürgi, Art. 242 N 16) mit der Besonderheit, dass die Willensbildung auf der Klägerseite durch die spezifischen konkursrechtlichen Bestimmungen geregelt wird. Besondere Bestimmungen über den Gerichtsstand bestehen – im Gegensatz zum Aussonderungsverfahren – nicht.

Im Aussonderungsverfahren geht es darum, den Bestand von Drittrechten an 2
Vermögenswerten in der Konkursmasse abzuklären. Es handelt sich dabei um Herausgabeansprüche von Dritten an Gegenständen, die sich in der Konkursmasse befinden. Grundlage des Herausgabeanspruchs ist im Wesentlichen das Eigentum oder wertungsmässig ähnlich gelagerte Ansprüche (vgl. im Einzelnen unten, N 10 ff.), nicht aber beschränkte dingliche Rechte oder realobligatorische Ansprüche. Solche Ansprüche werden im Kollokationsverfahren beurteilt (Amonn/Walther, § 40 Rz 27; hierzu im Einzelnen die Kommentierung zu Art. 55). Darin unterscheidet sich das Aussonderungsverfahren vom Widerspruchsverfahren, dem in der Betreibung auf Pfändung eine ähnliche Funktion zukommt.

Ein weiterer Unterschied zum Widerspruchsverfahren besteht darin, dass es 3
beim Aussonderungsverfahren immer um Vermögenswerte geht, die sich im *Gewahrsam* (in der Terminologie von Art. 45: *Verfügungsgewalt)* der Konkursmasse befinden. Befindet sich der Vermögenswert bei einem Dritten, der selber Ansprüche daran geltend macht, kann die Konkursverwaltung nicht im Rahmen des Aussonderungsverfahrens eine Verfügung treffen, sondern muss selber die Admassierungsklage gemäss Art. 242 Abs. 3 SchKG erheben. Das Aussonderungsverfahren lässt sich deshalb verfahrensmässig nur mit dem Widerspruchsverfahren nach Art. 107 SchKG (Gewahrsam des Schuldners), nicht aber mit demjenigen nach Art. 108 SchKG (Gewahrsam des Dritten) vergleichen, da die letztere Situation beim Aussonderungsverfahren nicht eintreffen kann. Dies ist eine Folge davon, dass in der Spezialexekution auch Gegenstände in Drittgewahrsam vom Pfändungsbeschlag erfasst werden können; in der Generalexekution hingegen umfasst der Konkursbeschlag nur die im Gewahrsam der Masse befindlichen Gegenstände.

II. Anwendungsbereich

Gegenstand der Aussonderung können nur *körperliche Sachen* sein. Auch wenn 4
dies in Anbetracht des Wortlautes von Art. 242 Abs. 1 SchKG («Sachen») auf der Hand liegt, war die Rechtsprechung des Bundesgerichtes bis ins Jahr 1950 anders. Es behandelte bis zu diesem Zeitpunkt Forderungen – in Analogie zum Widerspruchsverfahren – gleich wie Sachen (BGE 76 III 11, E. 1). Im letzt-

genannten Entscheid änderte es seine Rechtsprechung und beschränkte den Anwendungsbereich des Aussonderungsverfahrens auf körperliche Sachen. Es hat seither seine Rechtsprechung in zahlreichen Entscheiden bestätigt (zuletzt BGE 128 III 388). Der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist zuzustimmen, da durch den Gewahrsam bei körperlichen Sachen ein Rechtschein geschaffen wird, der es rechtfertigt, dem Drittansprecher die Klägerrolle zuzuweisen. Bei Forderungen besteht hingegen ein solcher Rechtschein nicht. Zudem fehlt eine analoge Vorschrift wie im Widerspruchsverfahren, nämlich dass bei Forderungen die Klägerrolle nach der Wahrscheinlichkeit der Gläubigerstellung verteilt wird (Art. 107 Abs. 1 Ziff. 2 u. Art. 108 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

5 Die gleichen Überlegungen müssen für sämtliche nicht in einem Wertpapier verkörperten Rechte gelten, die einen Vermögenswert darstellen, insbesondere auch für Immaterialgüterrechte (KantG/GR v. 29.10.2007, PKG 2008 75 ff., 79 f.; Brunner/Reutter, 129).

6 Bei Forderungen muss deshalb die Konkursverwaltung – sofern sie den Anspruch durchsetzen möchte – gegen den konkurierenden Ansprecher mittels der Prätendentenklage vorgehen (BSK SchKG II-Russenberger, Art. 242 N 10). Gleiches gilt übrigens für den Drittansprecher: Sofern er aktiv werden möchte, muss er dies ebenfalls im Rahmen eines Prätendentenstreits tun. Die Prätendentenklage ist eine Feststellungsklage, die zum Ziel hat, die Berechtigung an der Gläubigerstellung festzustellen. Eine solche Feststellungsklage wird auch bei anderen Rechten, die sich nicht auf körperliche Sachen beziehen, das anwendbare Verfahren sein, wenn die Berechtigung festzustellen ist (so insbesondere bei Immaterialgüterrechten).

7 Ist der Gegenstand nicht mehr in der Konkursmasse vorhanden, weil er veräussert wurde, so wird das Aussonderungsverfahren mit Bezug auf diesen Erlös als *Surrogat* weitergeführt (BGE 122 III 436, E. 2c).

8 *Verzichtet* die Konkursverwaltung auf die Aussonderung (oder auch auf die Admassierung), so kann das nur von einem Gläubiger, nicht hingegen von einem Dritten mit Beschwerde angefochten werden (vgl. BGer v. 20.01.2014, 5A_436/2013, E. 2).

III. Aussonderungsgründe

1. Allgemeines

9 Das Aussonderungsverfahren dient dazu, die Aktivmasse i.S.v. Art. 197 SchKG festzustellen, und zwar insofern, als daran Dritte Ansprüche geltend machen, soweit es sich um Sachen oder durch das Gesetz Sachen gleichgestellte Recht handelt (vgl. oben N 4 ff.). Im Vordergrund steht dabei das Eigentum an einer Sache. Nicht im Aussonderungsverfahren ausgetragen werden Streitigkeiten, die sich auf beschränkte dingliche Rechte beziehen; soweit der Dritte solche beschränkte dingliche Rechte behauptet, hat er sie im Kollokationsverfahren anzumelden und darüber gegebenenfalls einen Kollokationsprozess gemäss Art. 250 SchKG zu führen (BGE 114 III 23, E. 2; hierzu auch die Kommentierungen zu Art. 55 ff.).

2. Eigentum

10 Dies ist der Hauptanwendungsfall des Aussonderungsverfahrens: Der Drittansprecher macht geltend, er, und nicht die Konkursmasse, sei Eigentümer der betreffenden Sache. Dies kann etwa praktisch werden, wenn geltend gemacht wird, die Konkursmasse habe nur einen obligatorischen und nicht dinglichen Anspruch auf die Sache, so etwa im Falle eines Miet- oder Leasingvertrags. Auch möglich ist die Einwendung des Dritten, das Grundverhältnis, auf das sich die Konkursmasse stützt, sei nichtig oder ungültig, weshalb wegen des Kausalitätsprinzips im Sachenrecht das Eigentum dem Drittansprecher zustehe.

11 Der *Besitz* i.S.v. Art. 920 ff. ZGB kann nicht Klagefundament für eine Aussonderungsklage sein. Der Besitz vermittelt nur eine tatsächliche Rechtsposition und sagt nichts über das zugrunde liegende Recht an der Sache aus. Vorbehalten bleibt selbstverständlich der Besitz, der sich aus dem Eigentum ergibt (Art. 920 ZGB); dieser Besitz fällt aber notwendigerweise mit dem Eigentum zusammen, so dass sich dadurch keine Erweiterung des Klagefundaments für eine Aussonderungsklage ergibt.

12 Auch bei *Miteigentum* findet das Aussonderungsverfahren Anwendung, allerdings nur bezogen auf den einzelnen Miteigentumsanteil, da dieser sein eigenes rechtliches Schicksal hat und jeder Miteigentümer darüber unabhängig von den anderen Miteigentümern verfügen kann (Art. 646 Abs. 3 ZGB; BSK SchKG II-Russenberger, Art. 242 N 16; Zimmermann, 77; anders Blumenstein, 635, Anm. 39).

13 Auch im Fall von *Gesamteigentum* sollte m.E. das Aussonderungsverfahren zur Anwendung kommen, insbesondere wenn von der Konkursverwaltung die gesamthänderische Berechtigung des Drittansprechers überhaupt bestritten wird, so z.B. in einem Fall, in dem die Konkursverwaltung geltend macht, die Sache gehöre dem Konkursiten allein, während der Drittansprecher behauptet, sie sei im Rahmen einer einfachen Gesellschaft ins Gesamteigentum der beiden Gesellschafter übergegangen (Art. 544 Abs. 1 OR). In der Literatur wird die Auffassung vertreten (BSK SchKG II-Russenberger, Art. 242 N 16), dass bei Gesamteigentum das Aussonderungsverfahren nicht zur Anwendung komme, da der Konkurs zur Auflösung der Gesamteigentümergemeinschaft führe, die das Eigentum zur gesamten Hand begründet habe. Dieser Hinweis trifft zwar zu, hat aber nichts mit der Frage zu tun, ob dem Dritten ein gesamthänderisches Eigentum an der Sache zusteht. Ebenso trifft zu, dass die Konkursmasse nur Anrecht auf das Liquidationsergebnis hat, nicht auf die Sache an sich; auch dieser Hinweis ändert aber nichts daran, dass zunächst – und zwar im Aussonderungsverfahren – abgeklärt werden muss, ob – sofern bestritten – dem Dritten überhaupt ein Gesamthandsanteil zusteht.

14 Auch ein gültig begründeter *Eigentumsvorbehalt* ist im Aussonderungsverfahren zu beurteilen, sofern dessen Existenz von der Konkursverwaltung bestritten wird. Der Eigentumsvorbehalt muss bei Konkurseröffnung eingetragen sein, ansonsten er in diesem Konkurs keine Wirkung mehr entfaltet (BGE 96 II 161, E. 5).

3. Auftragsrechtliche Aussonderung

15 Art. 401 OR sieht vor, dass der Auftraggeber im *Konkurs des Beauftragten* die bewegliche Sache herausverlangen kann, die dieser im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat. Der Auftraggeber kann damit solche Sachen aussondern, obwohl er keinen dinglichen, sondern lediglich einen obligatorischen Anspruch darauf hat (BSK OR I-Weber, Art. 401 N 13). Art. 401 Abs. 3 OR ist damit nicht deklaratorisch, sondern verschafft dem Auftraggeber ein Aussonderungsrecht, das dieser sonst nicht hätte. Zu beachten ist, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dieses Aussonderungsrecht nur an Sachen besteht, die der Beauftragte auf Rechnung des Auftraggebers erworben hat; soweit der Auftraggeber dem Beauftragten Gegenstände treuhänderisch übereignet hat und dieser anschliessend in Konkurs fällt, findet es keine Anwendung (BGE 117 II 432).

4. Konkursrechtliche Aussonderungsgründe

16 Das SchKG begründet in den Art. 201–203 selber *konkursrechtliche Aussonderungsansprüche*. In Art. 201 und 202 SchKG handelt es sich um Aussonderungsgründe, die auf besonders gearteten Auftragsverhältnissen beruhen; in Art. 203 SchKG schliesslich wird eine besondere Konstellation des Kaufs (der Distanzkauf) im Hinblick auf das Aussonderungsverfahren geregelt. Dass diese Aussonderungsgründe im SchKG geregelt sind, ist gewissermassen zufällig. Ebenso gut hätten sie – wie der Aussonderungsgrund von Art. 401 Abs. 3 OR – im OR geregelt werden können.

17 Wenn dem späteren Konkursiten ein *Inhaberpapier* oder ein *Ordrepapier* zur Einkassierung oder als Deckung übergeben wurde, so kann derjenige, der das Papier übergeben hat, die Rückgabe desselben verlangen (Art. 201 SchKG). Auch hier hätte der Auftraggeber grundsätzlich nur einen obligatorischen Anspruch, kann diesen aber dank der besonderen Regelung auch im Konkurs durchsetzen.

18 Sofern der spätere Konkursit eine *fremde Sache* verkauft und zur Zeit der Konkurseröffnung den Kaufpreis noch nicht erhalten hat, so kann der bisherige Eigentümer (d.h. der Auftraggeber) die Abtretung der Forderung gegen den Käufer oder die Herausgabe des inzwischen in der Masse befindlichen Kaufpreises verlangen (Art. 202 SchKG). Diese Bestimmung kommt selten zur Anwendung, weil in einer solchen Konstellation meistens auch das Aussonderungsrecht des Auftraggebers gemäss Art. 401 Abs. 3 OR besteht. Zu beachten ist, dass diese Bestimmung den Drittansprecher nicht im Falle schützt, in dem der Kaufpreis bereits vor Konkurseröffnung geleistet wurde; erfasst ist lediglich der Fall, dass der Kaufpreis *noch nicht* oder *nach* der Konkurseröffnung an die Konkursverwaltung geleistet wurde. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 70 III 81, 84) findet Art. 202 SchKG auch Anwendung im Falle, dass der Schuldner (und spätere Konkursit) eine Forderung vor Konkurseröffnung abgetreten hat, diese aber dennoch ihm (fälschlicherweise) nach Konkurseröffnung zurückbezahlt wird. Zum gleichen Ergebnis würde man allerdings auch gelangen, wenn man davon ausgeht, dass die Konkursmasse in diesem Fall ungerechtfertigt bereichert ist und eine solche ungerechtfertigte Bereicherung eine Masseverbindlichkeit darstellt (vgl. BGer v. 05.09.2002, 7B. 146/2002, E. 2.1).

19 Weitere Aussonderungsgründe finden sich in – insbesondere finanzmarktrechtlichen – Spezialgesetzen: So sieht Art. 37 lit. d BankG vor, dass *Depotwerte* nicht zur Konkursmasse der Bank gehören, sondern zu Gunsten der Depotinhaber abgesondert werden. *Absonderung* bedeutet, dass die Ausscheidung durch die Konkursverwaltung von Amtes wegen zu geschehen hat. Depotwerte, die

diesem Absonderungsrecht unterliegen, sind gemäss Art. 16 BankG bewegliche Sachen und Effekten der Depotkunden sowie bewegliche Sachen, Effekten und Forderungen, welche die Bank für Rechnungen der Depotkunden fiduziarisch hält. Schliesslich gehören dazu auch frei verfügbare Lieferansprüche der Bank gegenüber Dritten aus Kassegeschäften, abgelaufenen Termingeschäften, Deckungsgeschäften oder Emissionen für Rechnung der Depotkunden. In all diesen Fällen bezieht sich also die Aussonderung auch auf Forderungen und andere Rechte, nicht nur auf Gegenstände im sachenrechtlichen Sinn.

20 Art. 17 BEG sieht eine Absonderung im *Konkurs der Verwahrungsstelle* vor; abgesondert werden insbesondere Bucheffekten, sammelverwahrte Wertpapiere, Globalurkunden, Wertrechte und frei verfügbare Ansprüche der Verwahrungsstelle gegenüber Dritten auf Lieferung von Bucheffekten, aus Kassageschäften etc. Diese Regelung ist derjenigen im BankG nachgebildet.

21 Eine Absonderung wird auch vorgesehen im Falle des Konkurses der *Fondsleitung* (Art. 35 KAG).

22 Ein Aussonderungsrecht ist auch zu Gunsten des Bundes im LVG (Art. 13 LVG) vorgesehen; soweit ein Eigentümer eines *Pflichtlagers* in Konkurs gefallen ist, geht das Eigentum am Inhalt des Pflichtlagers unmittelbar auf den Bund über, sofern dieser die vertraglichen Verpflichtungen des bisherigen Eigentümers aus dem Bankdarlehen übernimmt. Voraussetzung dafür ist weiter, dass der Bund die Finanzierung des Pflichtlagers garantiert hat (Art. 12 LVG).

23 Mit der Umsetzung des HTÜ ins Landesrecht wurde schliesslich in Art. 284b HTÜ ein weiterer konkursrechtlicher Aussonderungsgrund geschaffen. Diese Bestimmung sieht vor, dass im Konkurs des *Trustees* das Trustvermögen aus dessen Konkursmasse auszuscheiden ist. Diese Ausscheidung hat von Amtes wegen durch die Konkursverwaltung zu erfolgen (Botschaft HTÜ, 600). Damit wird der Vorgabe von Art. 11 Abs. 3 lit. b HTÜ gefolgt, der vorsieht, dass das Vermögen des Trusts im Falle des Konkurses des Trustees nicht Bestandteil von dessen Konkursmasse bildet. Diese Verpflichtung der Konkursverwaltung zur Ausscheidung von Amtes wegen ist gegebenenfalls mit *Beschwerde* gemäss Art. 17 ff. SchKG geltend zu machen. Soweit die Konkursverwaltung gewisse Gegenstände nicht dem Trust zuordnet, hat – da der Trustee über den Gewahrsam am Trustvermögen verfügt – der am Trustvermögen Berechtigte gegen die Konkursmasse des Trustees zu klagen.

IV. Voraussetzungen

1. Gewahrsam

Art. 45 spricht von «Verfügungsgewalt» der Masse. Damit ist *«Gewahrsam»* i.S.v. Art. 242 Abs. 3 SchKG gemeint. Es handelt sich um den gleichen Begriff wie beim Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106 ff. SchKG, weshalb auf die Rechtsprechung zu diesen Bestimmungen zurückgegriffen werden kann (vgl. AMONN/WALTHER, § 45 Rz 29). Allerdings gestaltet sich die Bestimmung des Gewahrsams im Hinblick auf das Aussonderungsverfahren einfacher, da dieses nur zur Bestimmung des Eigentums oder wertungsmässig ähnlich gelagerter Rechte, nicht aber mit Bezug auf beschränkte dingliche Rechte, Forderungen oder andere, nicht in einem Wertpapier verbriefte Rechte Anwendung findet (vgl. oben N 10 ff.). 24

Gewahrsam bedeutet faktische Herrschaft über eine Sache. Er deckt sich häufig mit Besitz, allerdings nur soweit dieser eine tatsächliche Herrschaft über eine Sache umfasst. Abgeleiteten oder unmittelbaren Gewahrsam gibt es deshalb nicht (vgl. BOMMER, 43). Bei Grundstücken bestimmt der Grundbucheintrag über den Gewahrsam (Art. 242 Abs. 3 SchKG). 25

Mitgewahrsam der Konkursmasse begründet keinen Gewahrsam (vgl. Art. 242 Abs. 3: SchKG «Mitgewahrsam eines Dritten»). Falls der Gewahrsam bei einem Dritten ist und dieser Dritte für die Konkursmasse tätig ist, ist der Gewahrsam der Konkursmasse gegeben (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 242 N 8). 26

Massgebend für die Bestimmung des Zeitpunkts, in dem der Gewahrsam vorliegen muss, ist die Konkurseröffnung (BGE 122 II 433, E. 2a; 110 III 93). 27

2. Anmeldung des Aussonderungsanspruchs

Die Einleitung des Aussonderungsverfahrens durch die Konkursverwaltung hat zur Voraussetzung, dass der Drittanspruch im Rahmen des Schuldenrufs (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) zur Kenntnis der Konkursverwaltung gelangt (BGer v. 11.05.2001, 7B.110/2001, E. 2). Verspätete Anmeldungen sind bis zum Schluss des Konkursverfahrens zu berücksichtigen (vgl. unten Art. 50 N 1). Unerheblich ist nach dem Wortlaut der Bestimmung, ob der Drittanspruch vom Berechtigten, Gemeinschuldner oder einem Dritten angemeldet wurde. 28

3. Verfügung der Konkursverwaltung

29 Die Konkursverwaltung hat über den Anspruch des Dritten eine Verfügung zu treffen. Soweit in dieser Verfügung der Anspruch des Dritten anerkennt werden soll, hat die Konkursverwaltung zunächst nach Art. 47 vorzugehen. Weist sie ihn ab, kann sie das in *eigener Kompetenz* tun. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Verfügungskompetenz der Konkursverwaltung nur so weit reicht, als auch das Aussonderungsverfahren zur Anwendung kommt, was in der Praxis immer wieder übersehen wird. So kann die Konkursverwaltung mit Bezug auf Forderungen und andere Rechte keine Verfügung treffen, sondern muss gegebenenfalls selber klageweise vorgehen (vgl. oben N 6). Hat die Konkursmasse selber keinen Gewahrsam an der Sache, kann sie diese nicht durch Verfügung wieder zur Masse ziehen, sondern muss selber eine Admassierungsklage erheben (BGer v. 18.11.2014, 5A_388/2014, E. 4.1).

Art. 46

b. Klagefristansetzung an den Drittansprecher

In die Klagefristansetzung an den Ansprecher nach Artikel 242 Absatz 2 SchKG ist die genaue Bezeichnung des streitigen Gegenstandes sowie die Androhung aufzunehmen, dass der Anspruch als verwirkt gelte, wenn die Frist nicht eingehalten werde.

Art. 46

b. Délai pour ouvrir action

L'avis par lequel le délai pour ouvrir action sera fixé au tiers revendiquant (art. 242, 2e al. LP) doit contenir l'indication exacte de l'objet litigieux et rappeler expressément que la revendication sera périmée si l'action n'est pas intentée dans le délai indiqué.

Art. 46

b. Fissazione di termine al terzo rivendicante

L'avviso, con cui vien fissato al terzo rivendicante il termine per promuovere l'azione a' sensi dell'articolo 242 capoverso 2 della LEF, deve contenere un'esatta descrizione dell'oggetto in contestazione, come pure la comminatoria che, non osservando questo termine, il rivendicante sarà considerato come decaduto dal suo diritto.

Übersicht

		Note
I.	Allgemeines zur Aussonderungsklage	1
1.	Rechtsnatur	1
2.	Gerichtsstand	2
3.	Bei Konkurseröffnung bereits hängige Verfahren	7
4.	Verfahren	10
II.	Fristansetzung	11

I. Allgemeines zur Aussonderungsklage

1. Rechtsnatur

In der früheren Literatur zum SchKG wurde die Aussonderungsklage vereinzelt als normale materiellrechtliche Klage, d.h. als eigentliche Vindikationsklage, bezeichnet. Folgerichtig gestand diese Meinung einem Urteil aus einem Aussonderungsverfahren volle materielle Rechtskraft zu, und zwar auch für den Fall, dass der Konkurs zu einem späteren Zeitpunkt widerrufen wurde (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 242 N 21 [insoweit die Meinung der Vorauflage aus dem Jahr 1911 übernehmend]). Die neuere Lehre ist jedoch der Auffassung, dass die Aussonderungsklage eine *betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht* ist und damit nur Wirkung im laufenden Konkursverfahren hat (statt aller: KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 242 N 4). Sollte das Konkursverfahren aus irgendeinem Grund widerrufen werden, so hat ein Aussonderungsurteil keine Wirkung mehr. Das Gleiche muss gelten, wenn der Konkurs zu einer vollständigen Deckung der Gläubiger (inklusive Zinsen nach der Konkurseröffnung, BGE 129 III 559, E. 3.3) führt; auch dann hat die Konkursmasse kein Interesse mehr, einen Aussonderungsprozess zu führen (vgl. dazu BGer v. 21.08.2015, 5A_324/2015, E. 3 f.). 1

2. Gerichtsstand

Der Gerichtsstand befindet sich gemäss Art. 242 Abs. 2 SchKG am Konkursort. Dieser Gerichtsstand ist *ausschliesslich* (KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 242 N 14). Er ist überdies auch *zwingend*; dies ergibt sich zwar nicht bereits aus der Tatsache, dass er im SchKG geregelt ist (BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 46 N 40); hingegen ist daraus, dass es sich um eine Klage gegen die Konkursmasse handelt, darauf zu schliessen, dass dieser Gerichtsstand im öffentlichen Interesse, d.h. insbesondere auch im Interesse Dritter, festgelegt wurde: So sind inbesondere auch konkurrierende Drittansprüche bis zum Schluss des Konkursverfahrens möglich, selbst wenn über die Sache bereits ein Aussonderungsprozess geführt wird. 2

3 Diese Zuständigkeitsordnung gilt auch im *allgemein internationalen Verhältnis*. Insbesondere findet das IPRG auf Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht keine Anwendung (Bommer, 26 f.), so dass die Zuständigkeiten gemäss SchKG auch im allgemein internationalen Verhältnis gelten.

4 Umstritten ist der Gerichtsstand der Aussonderungsklage hingegen im *eurointernationalen* Verhältnis. Während einige Autoren (z.B. DIKE LugÜ-Acocella, Art. 1 N 111) die Aussonderungsklagen den allgemeinen Zuständigkeiten des LugÜ unterstellen möchten, sprechen sich andere (BSK LugÜ-Rohner/Lerch, Art. 1 N 93) für den Ausschluss des Aussonderungsverfahrens aus dem Anwendungsbereich des LugÜ und damit für eine autonome Zuständigkeitsbestimmung nach SchKG aus. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang ein Urteil des EuGH (EuGH v. 10.09.2009, Rs. C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH/Alice van der Schee*, Rz 29 ff.). Der EuGH entschied, dass der Gläubiger auch nach der Konkurseröffnung seine Rechte gestützt auf einen Eigentumsvorbehalt am ordentlichen Gerichtsstand geltend machen konnte; eine solche Klage fällt nicht in den Anwendungsbereich der EuInsVO und unterliegt damit nicht der *vis attractiva concursus*. Auch wenn Entscheidungen des EuGH grundsätzlich von der Schweiz zu berücksichtigen sind, so hat dieser Entscheid m.E. für die Schweiz keinen Präzedenzcharakter: Der EuGH stützte seine Begründung zu einem wesentlichen Teil auf Überlegungen zur Abgrenzung zwischen EuInsVO und EuGVVO. Für die Schweiz gilt die EuInsVO aber nicht, so dass solche abgrenzungssystematische Überlegungen ohne Belang sind. Die Schweiz hat ihre Zuständigkeit lediglich aus der Optik des LugÜ (das im Wesentlichen der EuGVVO entspricht) vorzunehmen. In diesem Zusammenhang ist von Relevanz, dass aus schweizerischer Sicht die Aussonderungsklage (anders als die Admassierungsklage) eng mit dem Konkursverfahren verbunden ist und nur im Kontext eines Konkurses erhoben werden kann. Sie hat auch keine Wirkungen über den laufenden Konkurs hinaus. Von Bedeutung ist auch, dass mit diesem Gerichtsstand die Schweiz keineswegs einen im internationalen Verhältnis exorbitanten Gerichtsstand beansprucht; vielmehr kann sich eine Aussonderungsklage immer nur auf Gegenstände beziehen, die sich im Gewahrsam des Schuldners, d.h. in der Schweiz, befinden. Die Situation ist vergleichbar mit derjenigen bei der Widerspruchsklage nach Art. 107 SchKG (Gewahrsam des Schuldners). Bei der Widerspruchsklage nach Art. 107 SchKG wird allgemein von einer Zuständigkeit in der Schweiz auch im eurointernationalen Verhältnis ausgegangen (Bommer, 81).

5 Der ausländische Richter könnte für die Beurteilung einer Aussonderungsklage ohnehin nicht *direkt* zuständig sein, da das Aussonderungsurteil materiellrechtliche Fragen nur als Vorfragen beurteilt. Das Urteil selber beinhaltet eine *voll-*

streckungsrechtliche Verfügung, nämlich die Anordnung darüber, ob die Sache in der Konkursmasse zu belassen oder dem Ansprecher herauszugeben ist. Die Frage, ob die schweizerische Zuständigkeit im euro-internationalen Verhältnis einzuordnen ist, wird sich deshalb wohl in erster Linie in der Form stellen, dass ein ausländisches Urteil in der Schweiz im Aussonderungsverfahren zur Anerkennung vorgelegt wird. Soweit das Urteil bereits vor dem Konkurs rechtskräftig wurde, steht ausser Frage, dass es im Aussonderungsverfahren zu anerkennen ist (vgl. BGer v. 29.05.2015, 5A_491/2013, E. 4, zur Publikation vorgesehen). Soweit das Urteil allerdings noch nicht rechtskräftig ist, ist davon auszugehen, dass es in einem schweizerischen Aussonderungsverfahren nicht berücksichtigt wird. Das Bundesgericht hat dies mit Bezug auf das Kollokationsverfahren ausdrücklich festgestellt (BGer v. 29.05.2015, 5A_491/2013, E. 4, zur Publikation vorgesehen). Die Erwägungen dieses Entscheids lassen sich weitgehend auch auf das Aussonderungsverfahren übertragen. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts gibt m.E. Anlass zu Kritik: Soweit im Ausland ein Urteil ergeht, das auf einem *vor* der Konkurseröffnung im Ausland anhängig gemachten Verfahren beruht, sollte dieses jedenfalls dann in der Schweiz Berücksichtigung finden, wenn im Ausland die schweizerische Konkursverwaltung oder Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG als Prozesspartei zugelassen werden. In diesem Fall wäre das Urteil zwar nicht tel quel als Aussonderungsurteil anzuerkennen; der Aussonderungsrichter hätte es aber wie ein bereits rechtskräftiges ausländisches Urteil im Aussonderungsverfahren hinsichtlich der entschiedenen Fragen zu anerkennen.

6 *Sachlich zuständig* sind die ordentlichen Gerichte; die Kantone können für die Behandlung der Aussonderungsklagen keine handelsgerichtliche Zuständigkeit vorsehen. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO umfasst die betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht nicht (BGer v. 12.11.2015, 5A_89/2015, E. 2.1 und 2.3 [zur Publikation vorgesehen]; BGE 140 III 355, E. 2; vgl. auch Vorbemerkungen N 138).

3. Bei Konkurseröffnung bereits hängige Verfahren

7 Sofern ein Herausgabeanspruch des Dritten gegenüber dem Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung bereits hängig ist, kommt Art. 207 SchKG zur Anwendung. Ein solches Verfahren wird eingestellt und frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung oder, im summarischen Konkursverfahren, frühestens 20 Tage nach der Auflegung des Kollokationsplanes wieder aufgenommen. Dabei ist Art. 63 analog anzuwenden, auch wenn sich diese Bestimmung

dem Wortlaut nach nur auf *Forderungen*, nicht aber auf *dingliche Rechte* bezieht (vgl. Kommentierung zu Art. 63). Demnach sind drei Konstellationen möglich:

- Die Masse führt den Prozess selber und auf eigene Rechnung weiter;
- Der Prozess wird von einzelnen Gläubigern gestützt auf eine Abtretung nach Art. 260 SchKG weitergeführt;
- Trifft weder das eine noch das andere zu, so gilt der Herausgabeanspruch des Dritten als anerkannt und die Masse muss ihm den Gegenstand aushändigen.

8 Ein solcher Prozess wird damit funktional nach der Konkurseröffnung zum Aussonderungsprozess.

9 *Aktivlegitimiert* ist der Drittansprecher. *Passivlegitimiert* ist die Konkursmasse; gegen sie wird die Klage gerichtet, nicht gegen den Konkursiten direkt.

4. Verfahren

10 Gemäss Art. 198 lit. e Ziff. 5 ZPO findet kein Schlichtungsverfahren statt. Die Aussonderungsklage ist direkt beim Richter einzureichen. Der *Streitwert* bemisst sich nach dem Wert der herausverlangten Gegenstände (BGer v. 07.04.2005, 5C.242/2004, E. 1). Sofern der Streitwert CHF 10'000.00 übersteigt, steht gegen einen Entscheid die Berufung offen (Art. 318 ZPO), sonst die Beschwerde (Art. 319 ZPO; hierzu im Einzelnen auch Vorbemerkungen N 139). Gegen einen letztinstanzlichen kantonalen Entscheid kann Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG geführt werden (BGer v. 03.12.2008, 5A_224/2008, E. 1).

II. Fristansetzung

11 Die Konkursverwaltung hat gemäss Art. 242 Abs. 2 dem Dritten eine Frist von 20 Tagen zur Einreichung der Aussonderungsklage beim Richter am Konkursort anzusetzen.

12 Die Frist von 20 Tagen ist, sobald sie angesetzt ist, als gesetzliche Frist *nicht erstreckbar* (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 144 Abs. 1 ZPO). Hingegen findet Art. 33 Abs. 2 SchKG auf diese Frist Anwendung: Sofern der Dritte im Ausland wohnt, ist ihm demnach eine angemessene Verlängerung der Frist zu gewähren; entgegen der Formulierung des Gesetzes («kann») besteht ein Anspruch auf Fristverlängerung in diesem Fall (BGE 106 III 1, E. 2). Umstritten ist die Frage, ob die *Gerichtsferien* gemäss Art. 145 ZPO auf die Fristbestimmung Anwendung findet. Richtigerweise ist dies zu bejahen, da Art. 145 Abs. 4 ZPO nur die Bestimmungen des SchKG über die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand vorbehält und diese Bestimmungen im Konkursverfahren keine Anwendung finden (BGE 96 III 74, E. 1; BK ZPO-Frey, Art. 145 N 20; a.M. KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, Art. 145 N 11).

Die Verfügung der Konkursverwaltung hat den streitigen Gegenstand *genau zu bezeichnen*, ansonsten die Fristansetzung wirkungslos bleibt und die Konkursverwaltung gegebenenfalls mittels Beschwerde zu einer präzisierten Klagefristansetzung angehalten werden muss. 13

Soweit die KOV davon spricht, dass der Anspruch «verwirkt» sei, so trifft dies nur mit Bezug auf das laufende Konkursverfahren zu. Da es sich bei der Aussonderungsklage um eine Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht handelt, hat der Ausgang des Aussonderungsverfahrens immer nur *Wirkung in der laufenden Betreibung*. Allerdings hat in den allermeisten Fällen das Urteil dennoch eine in dem Sinn endgültige Wirkung, als nach einer Abweisung der Gegenstand verwertet wird und im Anschluss daran ein Dritter unanfechtbar Eigentum erwirbt. 14

Kläger ist immer der *Drittansprecher*, nicht die Konkursmasse oder deren Abtretungsgläubiger. Das Bundesgericht hat eine *Ausnahme* für den Fall zugelassen, dass die Konkursverwaltung den Anspruch des Dritten zunächst gutgeheissen, in der Folge aber dennoch den Bestreitungsanspruch zur Abtretung offeriert hatte. In einem solchen Fall müssten die Abtretungsgläubiger gegen den Dritten auf Nichtbestehen des Eigentums klagen, wobei die Parteirollenverteilung keinen Einfluss auf die Beweislast habe (BGer v. 07.04.2005, 5C.242/2004, E. 3.3.2). Diese Rechtsprechung überzeugt nicht: Zunächst sollte es gar nicht zu dieser Konstellation kommen, da die Konkursverwaltung grundsätzlich die Drittansprachen nicht in eigener Kompetenz anerkennen kann (unter Vorbehalt von Art. 51). Selbst wenn aber dieser Fall eintreten sollte, so gibt es m.E. keinen Grund, die Klägerrolle der Masse bzw. den Abtretungsgläubigern zuzuweisen, es sei denn, es sprächen im Einzelfall Gründe des Vertrauensschutzes i.S.v. Art. 5 Abs. 3 BV für eine solche Lösung (kritisch zu diesem Entscheid auch Gilliéron, Commentaire, Art. 242 N 50). 15

Art. 47

c. Wahrung der Gläubigerrechte

[1] Will die Konkursverwaltung den Anspruch *anerkennen,* so soll die Anzeige davon an den Drittansprecher und die Herausgabe des angesprochenen Gegenstandes an ihn unterbleiben, bis feststeht, ob die zweite Gläubigerversammlung etwas anderes beschliesst oder ob nicht einzelne Gläubiger nach Artikel 260 SchKG Abtretung der Ansprüche der Masse auf den Gegenstand verlangen.

[2] Die Verwahrungskosten gehen zulasten der Konkursmasse, nach erfolgter Abtretung der Ansprüche gemäss Artikel 260 SchKG zulasten des Abtretungsgläubigers. Die Konkursverwaltung kann diesem unter Androhung sofortiger Herausgabe des Gegenstandes an den Drittansprecher eine Frist ansetzen, innert der er für die Kosten der weiteren Verwahrung unbedingte Gutsprache sowie Sicherheit zu leisten hat.

Art. 47

c. Réserve des droits des créanciers

[1] Si l'administration estime la revendication *fondée,* l'avis à donner au tiers revendiquant, ainsi que la remise de l'objet sont toutefois suspendus jusqu'au moment où la seconde assemblée des créanciers aura été à même de prendre une décision contraire ou jusqu'au moment où les créanciers individuellement auront pu demander cession des droits de la masse sur l'objet litigieux à teneur de l'article 260 LP.

[2] Les frais de garde de l'objet sont à la charge de la masse; après cession des droits selon l'article 260 LP, ils sont à la charge du créancier cessionnaire. L'administration de la faillite peut fixer à ce créancier, sous menace de remise immédiate de l'objet au tiers revendiquant, un délai pour fournir un engagement inconditionnel ainsi qu'une garantie pour les frais de garde après cession.

Art. 47

c. Tutela dei diritti dei creditori

[1] Se l'amministrazione del fallimento intende di *riconoscere* la pretesa del terzo, deve aspettare a dargliene comunicazione ed a restituirgli la cosa rivendicata fino a che consti che la seconda assemblea dei creditori non ha preso una contraria decisione in proposito, e che nessun creditore ha chiesto la cessione dei diritti della massa sulla cosa rivendicata, in conformità dell'articolo 260 della LEF.

[2] Le spese di custodia sono a carico della massa, dopo una cessione delle pretese ai sensi dell'articolo 260 della LEF esse sono poste a carico del cessionario. L'amministrazione del fallimento può fissare al cessionario, con la comminatoria di procedere immediatamente alla restituzione della cosa al terzo, un termine per dichiarare incondizionatamente di rispondere delle spese per l'ulteriore custodia come pure per prestare garanzia per tali spese.

Übersicht

		Note
I.	Allgemeines	1
II.	Anerkennung, Bestreitung oder Abtretung	5
III.	Verwahrungkosten	8

I. Allgemeines

Diese Bestimmung regelt das Vorgehen für den Fall, dass die Konkursverwaltung den Anspruch des Dritten *anerkennen* möchte. Sie präzisiert damit Art. 242 SchKG und Art. 45, die bei wörtlicher Auslegung den Schluss zuliessen, dass die Konkursverwaltung den Anspruch des Dritten in eigener Kompetenz auch anerkennen (nicht nur abweisen) könne. 1

Sofern die Konkursverwaltung der Auffassung ist, der Anspruch des Dritten sei unbegründet, so kann sie diesen Anspruch in *eigener Kompetenz*, ohne Konsultation der Gläubiger, abweisen. Gleichzeitig muss sie die Frist von zehn Tagen zur Erhebung der Aussonderungsklage ansetzen (Art. 242 Abs. 2 SchKG und Art. 46). Möchte sie ihn anerkennen, muss sie zunächst das Verfahren nach Art. 47 ff. durchlaufen (BGE 107 III 84, E. 2). Vorbehalten bleibt lediglich der Fall, dass das Eigentum des Drittansprechers von vornherein als bewiesen zu betrachten ist, die sofortige Herausgabe des beanspruchten Gegenstandes im offenbaren Interesse der Masse liegt oder vom Drittansprecher eine angemessene Kaution geleistet wird (Art. 51). In diesen Fällen kann die Konkursverwaltung ebenfalls in eigener Kompetenz über eine Herausgabe des Gegenstandes verfügen. 2

Die KOV regelt die Konsultation der Gläubiger je nach Verfahrensort unterschiedlich: 3

- Art. 48 legt die Grundsätze für das *ordentliche Konkursverfahren* fest;
- Art. 49 regelt das Vorgehen im *summarischen Konkursverfahren*;
- Art. 50 regelt Situationen, in denen Ansprüche *nachträglich*, d.h. nach dem Ablauf der Eingabefrist i.S.v. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, erhoben werden.

Die Art. 48 ff. finden auch auf die *Behandlung von Forderungen* gemäss Art. 63 Anwendung, und zwar nicht nur wie Art. 63 Abs. 4 vermuten liesse, Art. 48 alleine (BGE 134 III 75, E. 2.2; vgl. auch die Kommentierung zu Art. 63). Der Verweis umfasst von der Sache her die Art. 48–51, da diese Artikel die Modalitäten der Gläubigermitwirkung regeln. 4

II. Anerkennung, Bestreitung oder Abtretung

Sofern die Konkursverwaltung beabsichtigt, einen Drittanspruch zu *anerkennen*, sind drei mögliche Resultate denkbar: 5

- Die Gläubiger beschliessen, dass dem Antrag der Konkursverwaltung Folge geleistet und der Drittanspruch *anerkannt* wird;
- Die Gläubiger beschliessen, dass der Antrag abgelehnt und die Konkursverwaltung beauftragt wird, den Anspruch des Dritten zu *bestreiten*;
- Die Gläubiger beschliessen zwar nicht, den Anspruch des Dritten zu anerkennen, möchten aber gleichzeitig auch nicht, dass die Konkursverwaltung den Bestreitungsanspruch weiterverfolgt, sondern dass dieser einzelnen Gläubigern zur *Abtretung nach Art. 260 SchKG* angeboten wird (zur Abtretung im Einzelnen auch die Kommentierung zu Art. 80).

6 Denkbar ist auch, dass im Rahmen der zweiten Gläubigerversammlung gemäss Art. 253 SchKG ein bisher von der Konkursverwaltung bestrittener Anspruch anerkannt wird oder dass ein Bestreitungsprozess, der bisher von der Konkursverwaltung geführt wurde, an einzelne Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG abgetreten wird. Solche Beschlüsse fallen in die Befugnisse der zweiten Gläubigerversammlung (sog. «Allmacht der zweiten Gläubigerversammlung», AMONN/WALTHER, § 47 Rz 13).

7 Die Konkursverwaltung muss in der Einladung zur Gläubigerversammlung ausdrücklich erwähnen, dass Beschluss gefasst wird über den Verzicht auf umstrittene Rechte; dies reicht aber noch nicht: Der Konkursverwalter muss überdies die entsprechenden Drittrechte in der Versammlung ausdrücklich erwähnen. Andernfalls läuft die Zehntagesfrist von Art. 48 Abs. 1 nicht (BGE 75 III 14, E. 2; 71 III 133, E. 2; 54 III 280, E. 2). Ist die Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig, so muss ein Beschluss auf dem Zirkularweg erwirkt werden (BGE 71 III 133, E. 2).

III. Verwahrungkosten

8 Diese Bestimmung wurde erst auf den 01.01.1997 eingeführt. Sie kodifizierte im Wesentlichen die Rechtssprechung gemäss BGE 75 III 50, E. 4.

9 Die *Kosten* für die Verwahrung des Gegenstands, an dem ein Dritter einen Anspruch geltend macht, gehen zu Lasten der Konkursmasse und sind Masseverbindlichkeiten i.S.v. Art. 262 SchKG. Dies entspricht der allgemeinen Regel, dass durch die Masse selber verursachte Kosten auch von ihr zu tragen sind. Sobald allerdings feststeht, dass sich einzelne Gläubiger den Bestreitungsanspruch der Masse nach Art. 260 SchKG haben abtreten lassen, rechtfertigt sich die Tragung der Kosten durch die Konkursmasse nicht mehr. Von diesem Moment an sollen die Kosten zu Lasten der Abtretungsgläubiger gehen, da mit

der Abtretung auch sämtliche Risiken auf diese übergegangen sind (vgl. auch Art. 80 N 39). Die Bestimmung sieht vor, dass diese Kostentragungspflicht der Abtretungsgläubiger dadurch verstärkt werden kann, dass die Konkursverwaltung Frist ansetzen kann, innert welcher der Abtretungsgläubiger Gutsprache sowie Sicherheit zu leisten hat. Zweck dieser Bestimmung ist es, die Situation zu vermeiden, dass die Konkursverwaltung die tatsächlichen Kosten beim Abtretungsgläubiger – eventuell auch nach längerer Untätigkeit – aktiv einfordern muss.

10 Die Bestimmung enthält lediglich eine *Kompetenzeinräumung* zugunsten der Konkursverwaltung; diese kann selbstverständlich auch auf ein derartiges Vorgehen verzichten, so wenn die Einbringlichkeit solcher Ansprüche ausser Diskussion steht. Sie kann sich auch damit begnügen, lediglich die unbedingte Gutsprache zu verlangen. Darunter ist die Zusage des Abtretungsgläubigers zu verstehen, die entstandenen Kosten zu übernehmen. Soweit sie sich dazu entschliesst, eine Sicherheit zu verlangen, kann jegliche Form von Sicherheit (bar, Garantie eines Dritten, Bürgschaft, Pfandrecht etc.) verlangt werden. Allerdings hat sich die Konkursmasse für diejenige Art der Sicherheitenbestellung zu entscheiden, die den Abtretungsgläubiger am wenigsten belastet. Die einfachste – jedenfalls im Zivilprozessrecht, vgl. Art. 100 Abs. 1 ZPO – ist die Leistung einer Bankgarantie, worin sich die Bank voraussetzungslos bereit erklärt, die Kosten bis zu einer gewissen Höhe auf erstes Verlangen der Konkursverwaltung zu bezahlen.

11 Denkbar ist auch, dass die Konkursmasse den Gegenstand dem Abtretungsgläubiger *in natura* übergibt, um damit die Entstehung von Verwahrungskosten bei der Konkursmasse zu vermeiden. Dagegen spricht auch nicht die Überlegung, dass damit die Position des Drittansprechers möglicherweise geschwächt wird, weil beim Dritten das Risiko des Untergangs oder Wertverlusts höher ist als bei der Konkursmasse. Die Konkursmasse hat in dieser Hinsicht gegenüber dem Drittansprecher keine Sorgfaltspflichten zu erfüllen. Sollte der Gegenstand in der Obhut des Abtretungsgläubigers beschädigt worden oder abhandengekommen sein, so würde dies allenfalls eine Verantwortlichkeit des Abtretungsgläubigers auslösen. Beide Fälle könnten nämlich auch eintreten, wenn die Gegenstände bei der Konkursmasse verwahrt blieben.

12 Als *Sanktion* sieht die Bestimmung vor, dass der Gegenstand dem Dritten herausgegeben wird, sofern der Abtretungsgläubiger nicht innert Frist unbedingte Gutsprache sowie Sicherheit geleistet hat. Die Bestimmung regelt nicht, wie vorgegangen werden muss, wenn eine Abtretung an *mehrere Abtretungsgläubiger* vorgenommen wurde. M.E. sollte Folgendes gelten: Die Konkursverwal-

tung hat die Kosten auf sämtliche Abtretungsgläubiger gleichmässig zu verteilen und ihnen je separat Frist anzusetzen. Leistet ein Abtretungsgläubiger innert Frist nicht, so ist als Sanktion seine Abtretung zu widerrufen (zum Widerruf der Abtretung Art. 80 N 49 ff.). Gleichzeitig ist den übrigen Abtretungsgläubigern, welche die Frist gewahrt haben, Gelegenheit zu bieten, die Kosten des säumigen Abtretungsgläubigers zu übernehmen, wiederum unter neuer Fristansetzung mit Verwirkungsfolge.

Art. 48

aa. Im ordentlichen Verfahren

[1] Zu diesem Zweck hat die Konkursverwaltung in der *Einladung zur zweiten Gläubigerversammlung* ausdrücklich zu bemerken, dass Abtretungsbegehren im Sinne von Artikel 260 SchKG bei Vermeidung des Ausschlusses in der Versammlung selbst oder spätestens binnen zehn Tagen nach ihrer Abhaltung zu stellen seien.

[2] Lassen indessen die besondern Umstände des Falles eine Erledigung der Eigentumsansprache *vor* der zweiten Gläubigerversammlung als wünschenswert erscheinen, so kann zu diesem Zwecke entweder eine besondere Gläubigerversammlung einberufen oder den Gläubigern durch Zirkular eine angemessene Frist angesetzt werden, binnen der sie, bei Vermeidung des Ausschlusses, der Konkursverwaltung mitzuteilen haben, ob sie den Anspruch gemäss Artikel 260 Absatz 1 SchKG an Stelle der Masse bestreiten wollen.

Art. 48

aa. Dans la liquidation

[1] Dans ce but l'administration de la faillite doit rappeler expressément dans la *convocation à la seconde assemblée des créanciers* que les demandes de cession à teneur de l'article 260 LP devront, sous peine de péremption, être présentées dans l'assemblée ou au plus tard dans les dix jours suivants.

[2] Cependant, si des circonstances spéciales rendent désirable la liquidation d'une revendication *avant* la seconde assemblée des créanciers, l'administration peut convoquer une assemblée spéciale ou fixer par circulaire adressée aux créanciers un délai convenable pendant lequel ils devront, sous peine de péremption, demander cession des droits de la masse à teneur de l'article 260, 1er alinéa LP.

Art. 48

aa. Nella procedura ordinaria

[1] Per ottenere tale scopo, l'amministrazione del fallimento è tenuta ad inserire nell'*avviso di convocazione dei creditori alla seconda assemblea* una clausola nel senso che le domande di cessione di pretese in base all'articolo 260 della LEF devono, sotto pena di perenzione, essere presentate all'assemblea stessa, oppure entro 10 giorni, al più tardi, dalla data dell'assemblea.

[2] Ove però le speciali circostanze del caso consiglino di liquidare una rivendicazione *prima* che si raduni la seconda assemblea dei creditori, si potrà convocare un'assemblea straordinaria, oppure fissare ai creditori, mediante circolare, un congruo termine, entro il quale essi dovranno, sotto pena di perenzione, notificare all'amministrazione del fallimento, se intendono contestare in luogo della massa le pretese del terzo, conformemente all'articolo 260 capoverso 1 della LEF.

Übersicht *Note*

I. Allgemeines 1
II. Hinweis auf Abtretungsbegehren 2
III. Erledigung vor der zweiten Gläubigerversammlung 3
1. Besondere Gläubigerversammlung 4
2. Beschlussfassung mittels Zirkular 6

I. Allgemeines

Eine *zweite Gläubigerversammlung* gibt es nur im ordentlichen Konkursverfahren (zur zweiten Gläubigerversammlung im Einzelnen Art. 42 N 4). Die Einladung erfolgt im Allgemeinen durch individuellen Brief an die Gläubiger. Teilnahmeberechtigt sind alle Gläubiger, deren Forderung nicht bereits rechtskräftig abgewiesen wurde (Art. 252 Abs. 1 SchKG). Bei der zweiten Gläubigerversammlung müssen mindestens ein Viertel der Gläubiger anwesend sein. Sind weniger der Gläubiger anwesend, so kann gültig verhandelt werden, wenn die anwesenden Gläubiger mindestens die Hälfte der bekannten Gläubiger ausmachen (Art. 253 i.V.m. Art. 235 Abs. 3 SchKG). Die Gläubigerversammlung entscheidet mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen. Es gilt das reine Kopfstimmprinzip (Art. 252 Abs. 3 i.V.m. Art. 235 Abs. 4 SchKG). 1

II. Hinweis auf Abtretungsbegehren

Die Einladung hat den Hinweis darauf zu enthalten, dass *Abtretungsbegehren* gemäss Art. 260 SchKG in der Versammlung selbst oder spätestens innert zehn Tagen nach Abhaltung der Gläubigerversammlung zu stellen sind (zur Vorbereitung der Gläubigerversammlung im Allgemeinen Art. 42 N 5 f.). Abs. 1 der Bestimmung stellt klar, dass es sich bei der Frist, innert welcher das Abtretungsbegehren zu stellen ist, um eine *Verwirkungsfrist* handelt («bei Vermeidung des Ausschlusses»). Auf die Berechnung der Zehntagesfrist kommt Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 ff. ZPO zur Anwendung. Anwendung finden damit auch die Bestimmungen über die Gerichtsferien gemäss Art. 145; der Vorbehalt von Art. 145 Abs. 4 ZPO findet keine Anwendung (vgl. oben Art. 46 N 12). Als gesetzliche 2

Frist kann sie nicht erstreckt werden (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Da sie nicht durch eine Behörde angesetzt wird, sondern ipso iure eintritt, kann sie dem im Ausland wohnhaften Schuldner nicht nach Art. 33 Abs. 2 SchKG verlängert werden.

III. Erledigung vor der zweiten Gläubigerversammlung

3 Unter besonderen Umständen kann die Beschlussfassung über die Drittansprüche schon vor der zweiten Gläubigerversammlung stattfinden. Solche besonderen Umstände können etwa sein:

- *hohe Aufbewahrungskosten*;
- *rasche Wertverminderung* des betreffenden Gegenstands; oder
- *besondere Wichtigkeit* des Entscheides, weil es sich um einen Gegenstand von besonders hohem Wert handelt.

1. Besondere Gläubigerversammlung

4 Die Konkursverwaltung kann zu diesem Zweck eine *besondere Gläubigerversammlung* einberufen. Dies ist der einzige Fall im SchKG, in dem nach der ersten Gläubigerversammlung eine Sonderversammlung einberufen werden kann, die zeitlich vor der zweiten Gläubigerversammlung liegt. Nach der zweiten Gläubigerversammlung sind weitere Sonderversammlungen unbeschränkt zulässig (Art. 255 SchKG).

5 Die Formalien, insbesondere die Beschlussfassung, sind die gleichen wie in der zweiten Gläubigerversammlung, ebenso die Art der Einladung mit dem Hinweis auf die Frist zur Stellung von Abtretungsbegehren.

2. Beschlussfassung mittels Zirkular

6 Die Bestimmung sieht weiter vor, dass die Beschlussfassung auch auf dem Wege eines *Zirkulars* erfolgen kann. Gemäss dem Wortlaut kann allerdings durch Zirkular nur ein Abtretungsbegehren gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG gestellt werden. Es ist davon auszugehen, dass nicht nur die Fristansetzung zur Stellung von Abtretungsbegehren durch Zirkular erfolgen kann, sondern auch die Beschlussfassung selber: Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 134 III 75, E. 2.3) kann eine Abtretung nämlich nur erfolgen, wenn vorher ein Beschluss der Gläubigergesamtheit gefasst wurde, auf die Rechtsverfolgung im Namen der Masse zu *verzichten*. Andernfalls wäre die Abtretung gar

nichtig. Die Bestimmung ist deshalb so auszulegen, dass zunächst per Zirkular über die Frage Beschluss gefasst wird, ob der Drittanspruch zu anerkennen sei oder ob die Masse den Anspruch selber bestreiten soll. Erst wenn dieser Beschluss gefasst ist, darf das Bestreitungsrecht zur Abtretung gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG offeriert werden. Die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg richtet sich nach Art. 255a SchKG: Gemäss dieser Bestimmung gilt ein Antrag als angenommen, wenn die Mehrheit der Gläubiger innert der angesetzten Frist ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat (hierzu im Einzelnen auch Art. 80 N 16 ff.).

Die Konkursverwaltung hat anschliessend eine angemessene Frist zur *Stellung der Abtretungsbegehren* zu setzen, auch dies wiederum mittels Zirkular. 7

Art. 49

bb. Im summarischen Verfahren

Im summarischen Verfahren hat in wichtigeren Fällen eine Fristansetzung zu erfolgen, welche mit der Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes zu verbinden ist.

Art. 49

bb. Dans la liquidation sommaire

En cas de liquidation sommaire, le même délai sera imparti aux créanciers dans les cas importants; cette communication leur sera faite en même temps que celle du dépôt de l'état de collocation.

Art. 49

bb. Nella procedura sommaria

Quando la liquidazione avviene secondo la procedura sommaria, la fissazione del termine di cui sopra avrà luogo solo nei casi più importanti, e sarà resa pubblica unitamente al deposito della graduatoria.

Übersicht *Note*

I.	Allgemeines	1
II.	Wichtigere Fälle	4
III.	Fristansetzung	6
IV.	Zeitpunkt	8

I. Allgemeines

1 Der Artikel regelt die Vorgehensweise im *summarischen Verfahren*. Die Bestimmung sieht ein besonderes Verfahren in «wichtigeren Fällen» vor, woraus in contrario zu schliessen ist, dass in den anderen Fällen dieses Verfahren nicht zur Anwendung gelangt.

2 Im summarischen Konkursverfahren gilt ein Beschleunigungsgebot, weshalb die Fristansetzung mit der Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes zu verbinden ist; im ordentlichen Konkursverfahren findet der entsprechende Schritt, nämlich die Einladung zur zweiten Gläubigerversammlung, erst *nach* der Auflage des Kollokationsplans statt (Art. 252 Abs. 1 SchKG).

3 Das summarische Verfahren findet auch Anwendung, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt und ein *Spezialliquidationsverfahren* gemäss Art. 230a SchKG stattfindet (BGer v. 06.08.2003, 7B.130/2003, E. 1.3; BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 230a N 10).

II. Wichtigere Fälle

4 Die Bestimmung erfordert eine Unterscheidung der wichtigeren Fälle von den andern Fällen. Der Terminus *«wichtigere Fälle»* bezieht sich zweifellos auf den Wert der betroffenen Gegenstände. Eine absolute Zahl kann nicht angegeben werden, auch eine Orientierung an Art. 256 Abs. 3 SchKG (vgl. dazu BGer v. 17.08.2006, 7B.97/2006, E. 3) fällt ausser Betracht, da es bei dieser Bestimmung um die Art der Verwertung von Vermögenswerten geht (Freihandverwertung oder Versteigerung) und der massgebende Wert dort zweifellos höher liegt. Massgebend für die Unterscheidung ist, ob der zusätzliche Aufwand, der durch die Einleitung des Verfahrens gemäss Art. 49 entsteht, durch den *Wert des Aussonderungsgegenstandes* gerechtfertigt wird. Die Handlungen des Konkursamtes, die für diese Überlegung zu berücksichtigen sind, bestehen im Wesentlichen aus der Orientierung der Gläubiger, der Einholung eines Beschlusses und eventuell der Verfügung über Abtretungsbegehren gemäss Art. 260 SchKG (vgl. unten N 3 ff.). In einem Fall aus dem Jahr 2004 (BGer v. 07.04.2005, 5C.242/2004, E. 3) hat das Bundesgericht einen Wert von CHF 59'100.00 als «cas important» im Sinne dieser Bestimmung bezeichnet.

5 Sofern es sich nicht um einen wichtigeren Fall im Sinne dieser Bestimmung handelt, ist davon auszugehen, dass die Konkursverwaltung *allein* entscheiden kann (BGE 53 III 121, E. 2, wenn auch nur obiter). Die gegenteilige Ansicht

überzeugt nicht (so wohl auch Juko/ZG v. 28.01.2009, GVP 2009 283 f.): Indem Art. 49 nämlich ausdrücklich eine Differenzierung in wichtigere und andere Fälle vornimmt, ist gleichzeitig gesagt, dass im Bereich der weniger wichtigen Fälle die Konkursverwaltung volle Entscheidbefugnis mit Bezug auf die Anerkennung von Drittansprüchen hat. Es ist einzuräumen, dass in diesem Bereich eine Beschneidung der Gläubigerrechte vorgenommen wird, was aber im Wesen von beschleunigten oder abgekürzten Verfahren liegt und im Sinne einer Abwägung der Gläubigerinteressen und der Verfahrensökonomie hinzunehmen ist.

III. Fristansetzung

6 Liegt ein wichtiger Fall vor, so hat das Konkursamt eine Frist anzusetzen. Die Bestimmung ist nur im Zusammenhang mit Art. 48 Abs. 2 verständlich: Die Fristansetzung bezieht sich auf die *Stellung von Abtretungsbegehren* gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG. Die Konkursverwaltung kann allerdings nicht direkt diese Frist ansetzen: Zunächst ist der Entscheid der Gläubiger darüber einzuholen, ob der Anspruch anerkannt oder durch die Konkursverwaltung selber bestritten werden soll (KantG/SG v. 10.07.1995, GVP 1995 169 ff., 171; Brunner/Reutter, 93; Amonn/Walther, § 49 Rz 9).

7 Die Konkursverwaltung hat deshalb diesen Beschluss zunächst per Zirkular zu erwirken (vgl. zur gleichen Fragestellung oben Art. 48 N 6); erst nachher kann sie Frist zur Stellung von Abtretungsbegehren ansetzen (vgl. dazu oben Art. 48 N 7).

IV. Zeitpunkt

8 Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung ist die *Fristansetzung* mit der Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplans zu verbinden. Wie oben erwähnt (N 6) muss die Konkursverwaltung aber zunächst einen Beschluss der Gläubiger über die Anerkennung oder Bestreitung der Drittansprüche erwirken. Die Bestimmung ist deshalb so zu lesen, dass mit der Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplans die Beschlussvorlage der Konkursverwaltung zu verbinden ist. Erst anschliessend kann die Frist zur Stellung von Abtretungsbegehren angesetzt werden. Möglich wäre auch, dass die Konkursverwaltung den Beschluss über die Weiterverfolgung von Ansprüchen bereits vor der Auflegung des Kollokationsplanes via Zirkular einholt. Wird so vorgegangen, kann die Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes tatsächlich mit der Fristansetzung verbunden werden.

Art. 50

cc. Bei nachträglich eingegebenen Ansprüchen

Nachträglich eingegebene Ansprüche sind in wichtigeren Fällen den Gläubigern nach dem Ermessen der Konkursverwaltung durch öffentliche Bekanntmachung oder durch Zirkular mitzuteilen oder es ist, wenn nötig, eine besondere Gläubigerversammlung einzuberufen.

Art. 50

cc. Revendications tardives

Les revendications tardives seront, dans les cas importants, communiquées aux créanciers, selon le gré de l'administration, par publication officielle ou par circulaire; si cela est nécessaire, une assemblée de créanciers spéciale sera convoquée.

Art. 50

cc. In caso di rivendicazioni tardive

Qualora si tratti di rivendicazioni fatte dopo la vendita, l'amministrazione del fallimento le notificherà, nei casi più importanti, ai creditori mediante pubblicazione ufficiale, o mediante circolare; in caso di bisogno, convocherà un'assemblea straordinaria dei creditori.

Übersicht

		Note
I.	Allgemeines	1
II.	Wichtigere Fälle	4
III.	Verfahren	5
IV.	Tragung der Kosten	7

I. Allgemeines

1 Die Bestimmung befasst sich mit der Behandlung von *nachträglich eingegebenen Ansprüchen*. «Nachträglich» bedeutet nach Ablauf der Frist gemäss Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG. Auch im Bereich der Aussonderung sind verspätet eingegebene Ansprüche in Analogie zur allgemeinen Regel von Art. 251 SchKG zuzulassen. Nachträgliche Eingaben, die eine Aussonderung zum Ziel haben, sind unproblematischer als nachträgliche Forderungseingaben. Diese fliessen nämlich in den Kollokationsplan ein, was gegebenenfalls eine Änderung des bereits aufgelegten Kollokationsplanes notwendig macht (hierzu im Einzelnen die Kommentierung zu Art. 69).

2 Wurde der Gegenstand inzwischen *verwertet*, so steht dies einem Aussonderungsverfahren nicht im Weg. Der Streit dreht sich dann um den Verwertungserlös (Amonn/Walther, § 45 Rz 34). Wurden schon Abschlagszahlungen vorgenommen, so steht dem Drittansprecher in Analogie zu Art. 251 Abs. 3 SchKG nur noch ein entsprechender Anteil am Verwertungserlös zu.

Die Bestimmung differenziert nicht zwischen *summarischen* und *ordentlichen* Konkursverfahren und findet damit auf beide Anwendung. 3

II. Wichtigere Fälle

Auch hier wird wiederum – wie schon in Art. 49 – eine Abgrenzung von wichtigeren und anderen Fällen vorgenommen. Die massgebenden Kriterien zur Abgrenzung der beiden Fälle sind die gleichen wie in Art. 49 (vgl. Art. 49 N 4). Entscheidend ist damit insbesondere das *Verhältnis des Wertes* des durch den Dritten beanspruchten Gegenstandes zu dem durch Einleitung des Mitwirkungsverfahrens der Gläubiger verursachten *Kosten*. Handelt es sich nicht um einen wichtigen Fall, so entscheidet die Konkursverwaltung *selbständig* und es hat bei diesem Entscheid sein Bewenden (unter Vorbehalt einer Beschwerde), vgl. oben N 5. 4

III. Verfahren

Die Konkursverwaltung hat nach ihrem Ermessen die Wahl, den geltend gemachten Anspruch den Gläubigern durch öffentliche Bekanntmachung oder *Zirkular* mitzuteilen oder eine *besondere Gläubigerversammlung* einzuberufen. Eine Gläubigerversammlung steht nur im ordentlichen Konkursverfahren zur Diskussion (auch wenn sie im summarischen Konkursverfahren nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG). Aber auch im ordentlichen Verfahren wird eine Gläubigerversammlung nur in ganz aussergewöhnlichen Fällen angezeigt sein, z.B. dann, wenn es um das Hauptaktivum der Konkursmasse geht. Sonst wird die Information durch Publikation oder Zirkular im Vordergrund stehen. Auch hier ist wiederum der Vorbehalt zu machen, dass die Konkursverwaltung nicht direkt den Gläubigern die Ansprüche zur Abtretung offerieren kann; notwendig ist zunächst ein Beschluss der Gläubiger über die Anerkennung oder Bestreitung des Drittanspruchs (vgl. oben Art. 48 N 6). Erst anschliessend darf den Gläubigern der Bestreitungsanspruch nach Art. 260 SchKG abgetreten werden. 5

Bemerkenswert ist, dass in diesem Verfahren auch eine öffentliche Bekanntmachung möglich ist, während im Verfahren nach Art. 48 Abs. 2 lediglich eine 6

Bekanntmachung durch Zirkular gestattet wird. Dies ist als bewusster Entscheid des Verordnungsgebers zu verstehen, solche Ansprüche in einem möglichst einfachen Verfahren zu beurteilen.

IV. Tragung der Kosten

7 Die Bestimmung sagt nichts dazu, ob die durch die *verspäteten Eingaben* verursachten Kosten durch die Drittansprecher zu tragen sind. Auch wenn eine solche Kostentragungspflicht durch die Bestimmung nicht ausdrücklich angeordnet wird, so ist dies in Analogie zu Art. 251 Abs. 2 SchKG zu bejahen. Der Grundgedanke ist derselbe: Das Verpassen der Frist gemäss Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG soll zwar nicht zu einem materiellen Rechtsverlust führen; immerhin ist es aber angemessen, den Drittansprecher die durch die verspätete Eingabe verursachten Kosten tragen zu lassen. Daraus folgt auch, dass die Verspätung der Anmeldung eines Drittanspruchs dann keine Kostenfolgen hat, wenn bis zur verspäteten Anmeldung das Aussonderungsverfahren durch die Konkursverwaltung noch gar nicht eingeleitet wurde. In Analogie zu Art. 251 Abs. 2 SchKG ist es auch möglich, den Dritten, der seinen Anspruch verspätet angemeldet hat, zu einem *Vorschuss* für die durch die Verspätung verursachten Kosten zu verpflichten. Leistet er den Vorschuss nicht, so verliert er zwar nicht sein materielles Recht, die Verwertung und Verteilung nimmt aber ohne Berücksichtigung des Anspruches des Dritten seinen Fortgang (BSK SchKG II-Hierholzer, Art. 251 N 16).

Art. 51

dd. Ausnahmen

Die obigen Vorschriften (Art. 47–50) finden keine Anwendung, wenn das Eigentum des Drittansprechers von vornherein als bewiesen zu betrachten oder die sofortige Herausgabe des angesprochenen Gegenstandes im offenbaren Interesse der Masse liegt oder endlich vom Drittansprecher angemessene Kaution geleistet wird.

Art. 51

dd. Exceptions

Les règles des articles 47 à 50 ci-dessus ne sont pas applicables si les revendications apparaissent dès l'abord comme fondées ou si la remise immédiate de l'objet revendiqué est évidemment dans l'intérêt de la masse, ou enfin dans les cas où le tiers fournit une caution suffisante.

Art. 51

dd. Eccezioni

Non sono applicabili le disposizioni degli articoli 47 a 50, quando il diritto di proprietà del rivendicante appare fin dal principio come provato, o quando la restituzione immediata della cosa risulta essere di evidente interesse per la massa, ed infine quando il rivendicante presta sufficiente garanzia.

Übersicht *Note*

I.	Allgemeines	1
II.	Klare Verhältnisse	5
III.	Offenbares Interesse der Masse	6
IV.	Angemessene Kaution	9

I. Allgemeines

Die Bestimmung sieht vor, dass die Konkursverwaltung in eigener Kompetenz dem Dritten den Gegenstand herausgeben kann. *Systematisch* sollte diese Vorschrift vor Art. 47 stehen, da, sofern die darin erwähnten Voraussetzungen zutreffen, die Art. 47–50 keine Anwendung finden (unter Vorbehalt der Kautionsleistung, vgl. unten N 9). Die Bestimmung sieht drei Fallgruppen vor, in denen der Gegenstand dem Dritten durch die Konkursverwaltung herauszugeben ist. 1

Gemäss einer schon alten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 54 III 15, E. 1) soll die Bestimmung generell dann keine Anwendung finden, wenn es um Gegenstände von hohem Wert geht («objet de valeur»). Dies überzeugt nicht. Die Bestimmung enthält keine solche Differenzierung, m.E. zu Recht: Sofern die Verhältnisse klar und liquide sind, soll die Konkursverwaltung auch bei Gegenständen von grossem Wert die Möglichkeit haben, in eigener Kompetenz zu entscheiden. Dass in solchen Fällen eine Konkursverwaltung möglicherweise weniger geneigt ist, eine liquide Rechtslage anzunehmen, weil eine sofortige Herausgabe risikobehaftet wäre, mag zutreffen, ist aber nicht Ausdruck der gesetzlichen Regelung, sondern eines risikoaversen und pragmatischen Vorgehens der Konkursverwaltung. 2

Vereinzelt wird vertreten, eine Herausgabe gemäss Art. 51 habe in Form einer Verfügung zu ergehen (KantG/GR v. 11.07.1995, PKG 1995 144 ff., 147 f.). Dies ist m.E. nicht notwendig: Wenn die Konkursverwaltung zur Überzeugung gelangt, dass die Verhältnisse klar sind, gibt sie die Sache an einen Dritten heraus, ohne dass die Gläubiger in das Verfahren miteinbezogen werden. Eine Verfügung (die anfechtbar wäre) ist deshalb nicht notwendig und würde das Verfahren von Art. 51 mit demjenigen nach Art. 47 ff. vermischen. 3

4 Der Entscheid der Konkursverwaltung ist endgültig und kann durch die Gläubiger nicht mehr in Frage gestellt werden. Es findet auch keine Abtretung des Bestreitungsrechtes statt. Sollte die Herausgabe der Sache durch die Konkursverwaltung eine Pflichtverletzung darstellen, so stellt sich die Frage der Haftung gemäss Art. 5 SchKG.

II. Klare Verhältnisse

5 Die Konkursverwaltung hat den Gegenstand dem Dritten herauszugeben, sofern dessen Eigentum von vornherein als bewiesen zu betrachten ist. Angesprochen sind damit Fälle, in denen *kein Zweifel* daran besteht, dass der Dritte – und nicht der Schuldner – Eigentümer ist. Diese Fallkonstellation ist in der Praxis relativ häufig anzutreffen, insbesondere dann, wenn der Schuldner den Gegenstand nur aufgrund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses in seinem Besitz hatte. Die Bestimmung findet damit z.B. Anwendung auf Miet- oder Hinterlegungsverhältnisse, sofern diese liquide bewiesen werden können. Gestützt auf diese Bestimmung werden gelegentlich auch Leasing-Gegenstände durch die Konkursverwaltung herausgegeben, was allerdings fragwürdig ist. Gerade bei Leasing-Verhältnissen ist häufig nicht klar, ob sachenrechtlich nicht doch das Eigentum auf den Leasingnehmer übergegangen ist (WÜTHRICH, 415 ff.).

III. Offenbares Interesse der Masse

6 Ein *offenbares Interesse* der Masse rechtfertigt ebenfalls die Herausgabe der Sache an den Drittansprecher durch die Konkursverwaltung allein.

7 Das Interesse muss im Sinne eines geldwerten Vorteils verstanden werden, der sich für die Masse dadurch ergibt, dass die Sache nicht mehr in deren Gewahrsam verbleibt. Das kann etwa der Fall sein, wenn *ausserordentlich hohe Aufbewahrungskosten* anfallen, die einen möglichen Verwertungserlös übersteigen, oder wenn *Schadenersatzfolgen* aus dem Gewahrsam an der Sache drohen, z.B. als Folge einer Werkeigentümerhaftung i.S.v. Art. 58 OR.

8 Ist die Voraussetzung des offenbaren Interesses der Masse gegeben, so darf die Konkursverwaltung m.E. die Sache auch dann herausgeben, wenn der Dritte nicht als besser berechtigt erscheint, weil es bei dieser Bestimmung darum geht, der Konkursverwaltung durch die Kompetenz zu schnellem Handeln die Möglichkeit zu geben, Schaden von der Konkursmasse abzuwenden.

IV. Angemessene Kaution

9 Die Konkursverwaltung kann auch dann in eigener Kompetenz die Herausgabe der Sache verfügen, wenn der Drittansprecher eine *angemessene Kaution* leistet. Angemessen ist die Kaution dann, wenn sie dem mutmasslichen Wert entspricht, der bei der konkursrechtlichen Verwertung zu erwarten ist.

10 Sobald die Kaution geleistet ist, tritt diese an die Stelle der Sache. Es handelt sich dabei um eine *Surrogation*, wie in dem Fall, in dem das Aussonderungsverfahren nicht mit Bezug auf die Sache an sich, sondern auf deren Erlös geführt wird (vgl. oben Art. 45 N 7. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung muss deshalb das Verfahren gemäss Art. 47–50 in dieser Konstellation Anwendung finden; andernfalls bliebe das Schicksal der Kaution unbestimmt. Sobald die Kaution eingegangen ist, hat deshalb die Konkursverwaltung das Verfahren gemäss Art. 48 (im ordentlichen Konkursverfahren) bzw. Art. 49 (im summarischen Konkursverfahren) einzuleiten.

11 Eine Kaution, die i.S.v. Art. 51 geleistet wurde, kann nicht Gegenstand einer Betreibung auf Pfandverwertung bilden (BGE 121 III 93, E. 1). Ein Gläubiger, der ein Retentionsrecht an der Sache geltend macht, für die eine Kaution geleistet wurde, muss deshalb seine Forderung als retentionsgesichert im Konkurs eingeben. Wird der Dritte mit seinem Anspruch abgewiesen, so entfaltet das Retentionsrecht seine Wirkung. Hat der Dritte hingegen mit seiner Eigentumsansprache Erfolg, so muss sich der Retentionsgläubiger mit dem Dritten ausserhalb des Konkurses auseinandersetzen (BGE 107 III 84, E. 2 f.).

Art. 52

d. Klagefristansetzung bei Massarechtsabtretungen

Wird eine *Abtretung* der Rechtsansprüche der Masse verlangt, so setzt die Konkursverwaltung nach erfolgter Abtretung und Ausstellung einer Bescheinigung hierüber an die Abtretungsgläubiger dem Dritten die in Artikel 242 Absatz 2 SchKG vorgeschriebene Frist zur Klage an, unter Angabe der Gläubiger, gegen die er als Vertreter der Masse gerichtlich vorzugehen hat.

Art. 52

d. Fixation de délai après cession par la masse

Lorsqu'un ou plusieurs créanciers ont requis *cession* des droits de la masse, l'administration de la faillite leur remet l'attestation de cession et fixe au tiers revendiquant le délai pour ouvrir action

prévu à l'article 242, 2e alinéa LP, en lui indiquant les créanciers cessionnaires qu'il doit assigner en tribunal comme représentants de la masse.

Art. 52

d. Fissazione del termine per promuovere l'azione in caso di cessione di pretese della massa

Quando uno o più creditori abbiano chiesto ed ottenuto la *cessione* di pretese della massa, l'amministrazione del fallimento rilascerà loro analoga dichiarazione di cessione, e fisserà in seguito al terzo rivendicante il termine previsto all'articolo 242 capoverso 2 della LEF per promuovere l'azione indicando i nomi dei creditori cessionari contro i quali dovranno essere diretti gli atti giudiziari nella loro qualità di rappresentanti della massa.

Übersicht *Note*

I. Allgemeines 1
II. Abtretungsgläubiger 2
III. Fristansetzung 5

I. Allgemeines

1 Die Bestimmung regelt das Verfahren der Abtretung von Bestreitungsrechten im Aussonderungsverfahren, sofern die Gläubiger – im ordentlichen (Art. 48) oder summarischen Konkursverfahren (Art. 49) – darauf *verzichtet* haben, die Ansprüche selber zu verfolgen. Da die Konkursmasse notwendigerweise *Gewahrsam* am Gegenstand hat – ansonsten das Aussonderungsverfahren keine Anwendung finden würde (vgl. Art. 45 N 24) –, ist es immer am Drittansprecher, Klage zu erheben. Sollte allerdings einmal die Konkursverwaltung den Anspruch des Dritten bereits anerkannt haben, so soll gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dennoch die Konstellation eintreten können, dass nicht der Dritte auf sein Eigentum, sondern die Abtretungsgläubiger auf Nichtbestehen des Eigentumsanspruchs des Dritten zu klagen haben (vgl. Art. 46 N 15).

II. Abtretungsgläubiger

2 Die Abtretung erfolgt gemäss Art. 260 SchKG. Es wird darüber die gemäss Art. 2 Ziff. 6 vorgeschriebene *Bescheinigung* (Formular 7K; im Einzelnen auch Anhang 8) ausgestellt (Art. 80 Abs. 1; ferner Art. 80 N 27 ff. sowie Art. 2 N 16 f.). Die Besonderheit in der vorliegenden Konstellation besteht darin, dass nicht *Aktiv-*, sondern *Passivansprüche* abgetreten werden. Obsiegt der Abtretungsgläubiger, d.h. wird die Klage abgewiesen, fällt der Erlös des betreffenden

Gegenstandes zunächst an ihn; nur ein Überschuss fällt in die Masse (Art. 260 Abs. 2 SchKG).

3 Aus dieser Konstellation ergeben sich für den Abtretungsgläubiger einige taktische Besonderheiten: So hat es nicht er, sondern sein Prozessgegner in der Hand, den Entscheid darüber zu fällen, ob und wann eine Klage eingeleitet werden soll. Andererseits hat der Drittansprecher allenfalls einen Kostenvorschuss nach Art. 98 ZPO zu leisten.

4 Haben sich *mehrere Gläubiger* den Bestreitungsanspruch abtreten lassen, so hat der Drittansprecher gegen sämtliche Gläubiger zu klagen. Die Gläubiger bilden *eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft* (BSK SchKG II-Berti, Art. 260 N 57; BGE 121 III 488, E. 2c). Anerkennt einer der Abtretungsgläubiger den Anspruch des Dritten, so scheidet er aus dem Verfahren aus und verliert seinen Anspruch auf den Prozessgewinn, sofern die übriggebliebenen Gläubiger obsiegen sollten (vgl. zum Ganzen auch Art. 80 N 42 ff.).

III. Fristansetzung

5 Die Konkursverwaltung setzt eine *Frist* von zehn Tagen an, innert welcher der Drittansprecher klagen muss. Es handelt sich dabei um die gleiche Fristansetzung, die nach Art. 46 im Falle erfolgt, dass die Konkursverwaltung den Anspruch selber bestreitet. Zur Berechnung der Frist gilt das oben in Art. 46 N 11 ff. Gesagte.

6 Art. 52 erwähnt nicht, dass die Konkursverwaltung in die Fristansetzung den Hinweis aufzunehmen habe, die Nichteinhaltung führe dazu, dass der Anspruch als verwirkt gelte. Sie sollte dies allerdings dennoch tun; die Verwirkungsfolge tritt nämlich ohnehin ein, da auch die Fristansetzung nach Art. 52 sich auf Art. 242 Abs. 2 SchKG stützt, der diese Rechtsfolge ausdrücklich anordnet. Allerdings handelt es sich nicht um eine Verwirkung im materiellrechtlichen Sinn; sie bedeutet lediglich, dass der Eigentumsanspruch im laufenden Konkursverfahren nicht mehr geltend gemacht werden kann (was allerdings üblicherweise dennoch zu einem Verlust des Anspruches führt, vgl. oben Art. 46 N 14).

7 Die Konkursverwaltung hat in der Fristansetzung auch die *Identität* der Abtretungsgläubiger bekannt zu geben, da andernfalls der Drittansprecher gar nicht klagen kann. Zu verlangen ist auch, dass in der Klagefristansetzung (wie in Art. 46 vorgesehen) der streitige Gegenstand genau bezeichnet wird. Dadurch wird der Prozessgegenstand definiert. *Ausschliesslicher* und *zwingender Gerichtsstand* ist der Konkursort (vgl. oben Art. 46 N 2 ff.). Im Übrigen kann für die weiteren Details auf den Kommentar zu Art. 46 verwiesen werden.

Art. 53

e. Konkurrenz von Pfand- mit Eigentumsansprachen

Werden Gegenstände vindiziert und daran zugleich von einem Konkursgläubiger Pfand- oder Retentionsrechte geltend gemacht, so ist folgendermassen zu verfahren:

- **Wird der Eigentumsanspruch im Konkurs anerkannt, so ist ein allfälliger Streit zwischen dem Vindikanten und dem Pfandansprecher nicht im Konkursverfahren auszutragen.**
- **Kommt es dagegen zu einem Prozess über die Eigentumsansprache, so ist über die Pfandansprache erst nach rechtskräftiger Abweisung des Drittansprechers durch einen Nachtrag zum Kollokationsplan zu verfügen.**

Art. 53

e. Concurrence d'un droit de gage avec une revendication

Il y a lieu de procéder comme suit lorsqu'un créancier réclame un droit de gage ou de rétention sur des biens au sujet desquels une revendication de propriété a également été formulée:

- Si la masse reconnaît le bien-fondé de la revendication de propriété, le litige entre le revendiquant et le créancier gagiste est liquidé en dehors de la faillite.
- Si, au contraire, un procès a lieu sur le droit de propriété réclamé, l'administration statuera sur le droit de gage, au moyen d'un état de collocation complémentaire, après le rejet définitif de la revendication.

Art. 53

e. Concorrenza fra diritto di proprietà e diritto di pegno

Qualora sopra la cosa rivendicata da un terzo qualche creditore del fallimento faccia valere un diritto di pegno o di ritenzione, si dovrà procedere nel modo seguente:

- Se l'amministrazione del fallimento riconosce come fondata la rivendicazione, essa non ha da occuparsi della lite che potesse eventualmente insorgere fra il terzo che ha rivendicato la proprietà della cosa ed il creditore che vanta sopra di essa un diritto di pegno.
- Se invece la rivendicazione conduce ad un processo, l'amministrazione non potrà pronunciarsi sul diritto di pegno, se non dopo che sarà stata respinta l'azione di rivendicazione del terzo mediante sentenza passata in giudicato. La decisione si farà allora sotto forma di aggiunta alla graduatoria.

Übersicht

		Note
I.	Allgemeines	1
II.	Anerkennung des Eigentumsanspruch des Dritten	3
III.	Prozess über die Eigentumsansprache	8

I. Allgemeines

Die Bestimmung regelt das Vorgehen, wenn in Bezug auf einen Gegenstand in der Konkursmasse von verschiedenen Ansprechern sowohl das *Eigentum* als auch *Pfand- oder Retentionsrechte* geltend gemacht werden. Die Situation tritt relativ häufig ein, da der Vermieter von Geschäftsräumen gemäss Art. 268 ff. OR ein Retentionsrecht an den durch den Mieter in die Geschäftsräume eingebrachten Gegenständen hat. 1

Die Bestimmung sieht vor, dass zunächst über das Eigentum zu entscheiden ist. Dabei kommen die Bestimmungen gemäss Art. 45–52 zur Anwendung. Kommt es zu konkurrierenden Ansprachen in einem Spezialliquidationsverfahren gemäss Art. 230a SchKG, so richtet sich das Verfahren nach den Vorschriften über das summarische Konkursverfahren (BGer v. 06.08.2003, 7B.130/2003, E. 1.3; BSK SchKG II-LUSTENBERGER, Art. 230a N 10), d.h. nach Art. 49. 2

II. Anerkennung des Eigentumsanspruch des Dritten

Wird der Eigentumsanspruch des Dritten durch die Gläubigermehrheit anerkannt, so bildet der streitige Gegenstand nicht mehr Teil der Konkursmasse. In diesem Fall ist die Auseinandersetzung zwischen dem Pfand- oder Retentionsgläubiger und dem Drittansprecher *ausserhalb des Konkursverfahrens auszutragen*. Dies bedeutet, dass die Ansprüche der Beteiligten in einem normalen zivil- und nicht in einem konkursrechtlichen Verfahren auszutragen sind. Grund für diese Regelung ist, dass der Ausgang des Streites für die Konkursmasse nicht von Interesse ist: Obsiegt der Dritte, der Eigentum für sich beansprucht, so tangiert es die Konkursmasse nicht; ist es hingegen der Pfand- oder Retentionsgläubiger, dessen Recht geschützt wird, so hat dies auf die Konkursmasse ebenfalls keine Auswirkung, da durch die Anerkennung des Eigentumsanspruches des Dritten im Verhältnis zu ihr schon festgestellt ist, dass die Konkursmasse am fraglichen Gegenstand keinerlei Ansprüche mehr geltend macht. 3

Die Tatsache, dass der Streit ausserhalb des Konkursverfahrens auszutragen ist, bedeutet jedoch nicht, dass die Konkursverwaltung die Sache einfach dem Drittansprecher herausgeben kann (BGE 42 III 46, 48). Die Konkursverwaltung ist vielmehr berechtigt, mit der *Herausgabe zuzuwarten*, bis feststeht, wessen Recht das bessere ist (BGer v. 06.08.2003, 7B.130/2003, E. 2.2; BGer v. 27.02.2002, 7B.20/2002). Das Bundesgericht bejaht eine solche Kompetenz der Konkursverwaltung (d.h. den Gegenstand zurückzubehalten) jedenfalls so lange, als nicht innert angemessener Frist die Zivilansprüche durch den Pfand- oder Retentions- 4

gläubiger geltend gemacht werden (BGer v. 06.08.2003, 7B.130/2003, E. 2.3). M.E. müsste es allerdings auch möglich sein, dass die Konkursverwaltung den fraglichen Gegenstand hinterlegt, nicht anders als eine Drittpartei ausserhalb des Konkursverfahrens.

5 Sofern gestützt auf Art. 51 eine Kaution geleistet wird, kann diese nicht Gegenstand einer Betreibung auf Pfandverwertung sein (BGE 121 III 93, E. 1). Dies rechtfertigt sich deshalb, weil bei der Leistung einer Kaution gemäss Art. 51 noch nicht feststeht, ob die Gläubiger das Eigentumsrecht des Dritten anerkennen. Möglich ist nämlich auch, dass dieses bestritten wird und – sofern die Aussonderungsklage in der Folge abgewiesen wird – der Gegenstand in der Konkursmasse verbleibt. Der Pfand- oder Retentionsgläubiger hat diesfalls seine Forderung im Konkurs geltend zu machen.

6 Anders muss es sich aber verhalten, wenn die Eigentumsansprache des Dritten von den Gläubigern *anerkannt* wird. Diesfalls steht fest, dass der Gegenstand nicht in die Konkursmasse fällt. Es liegt damit ein drittpfandgesicherte Forderung vor, für die eine Betreibung gemäss Art. 206 Satz 2 SchKG zulässig ist. Zulässig muss aber auch eine materiellrechtliche Klage des Pfand- oder Retentionsgläubigers auf Feststellung des beschränkten dinglichen Rechtes oder aber eine solche des Eigentümers auf Feststellung des Bestandes des Eigentums sein. Das Feststellungsinteresse gemäss Art. 88 ZPO ergibt sich dadurch, dass beide Parteien ihre (behaupteten) Rechte gegenüber der Konkursmasse geltend gemacht haben.

7 Die Kosten, die daraus entstehen, dass Gegenstände Drittansprechern herausgegeben werden, sind allgemeine Konkurskosten i.S.v. Art. 262 Abs. 1 SchKG, und zwar auch dann, wenn daran gleichzeitig Pfandansprachen geltend gemacht wurden (BGer v. 23.02.2007, 7B.203/2006, E. 4).

III. Prozess über die Eigentumsansprache

8 Wie oben ausgeführt (N 2), muss zunächst über den Anspruch des Drittansprechers befunden werden. Obsiegt der Drittansprecher in diesem Verfahren, so liegt die Situation gemäss Art. 53 1. Spiegelstrich vor, und die Auseinandersetzung zwischen dem Pfand- oder Retentionsgläubiger und dem Drittansprecher ist *ausserhalb* des Konkursverfahrens zu führen (vgl. oben N 3).

9 Denkbar ist, dass sich der Pfand- oder Retentionsgläubiger das Bestreitungsrecht gemäss Art. 260 SchKG abtreten lässt. Auch wenn dessen Kollokation noch nicht rechtskräftig ist, ist eine solche Abtretung möglich, und zwar im Sinne einer *bedingten Abtretung*, d.h. unter Vorbehalt der rechtskräftigen Kollokation (BGE 128 III 291, E. 4c.aa; BSK SchKG II-Berti, Art. 260 N 28; vgl. auch Art. 80 N 22 f.). Auch die Tatsache, dass eine Pfand- oder Retentionssicherung vorliegt, steht einer Abtretung nach Art. 260 SchKG nicht grundsätzlich entgegen (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 260 N 3), und dies erst recht nicht in der vorliegenden Konstellation: Obsiegt der Pfand- oder Retentionsgläubiger mit seiner Bestreitung des Eigentumrechts des Dritten, so ermöglicht ihm dies erst die Ausübung seines Rechts im laufenden Konkursverfahren. Unterliegt er im Aussonderungsprozess, muss er nämlich sein Pfand- oder Retentionsrecht ausserhalb des Konkurses gegenüber dem Drittansprecher geltend machen (vgl. oben N 3).

Ist der Anspruch des Dritten rechtskräftig *abgewiesen* worden, ist das Kollokationsverfahren mit Bezug auf die Pfand- oder Retentionsforderung in Gang zu setzen. Erst jetzt muss sich die Konkursverwaltung dazu aussprechen (BGE 107 III 84, E. 3). Diese Verfügung erfolgt durch einen Nachtrag zum Kollokationsplan, da in diesem Zeitpunkt das Kollokationsverfahren grundsätzlich schon abgeschlossen ist. Daraus folgt auch, dass in dieser Konstellation die Kollokation der Pfand- oder Retentionsgläubiger so lange auszusetzen ist, bis über das Drittеigentum im Aussonderungsprozess rechtskräftig entschieden ist. Der ergänzte Kollokationsplan ist unter öffentlicher Bekanntmachung wieder aufzulegen (Art. 59 Abs. 3; hierzu im Einzelnen die Kommentierung zu Art. 59). 10

Art. 54

f. Konkurrenz von Pfand- oder Eigentums- mit Kompetenzansprachen

[1] Kompetenzstücke, an denen vertragliche Pfandrechte geltend gemacht werden, sind, sofern diese Rechte im Kollokationsverfahren anerkannt werden, in die Konkursmasse zu ziehen und zugunsten der Pfandansprecher zu verwerten. Ein allfälliger Überschuss ist dem Gemeinschuldner zuzuweisen.

[2] Werden von Dritten zu Eigentum angesprochene Gegenstände von der Masse als Kompetenzstücke anerkannt, so unterbleibt das Verfahren nach Artikel 242 SchKG und ist der Dritte darauf zu verweisen, den Anspruch gegen den Gemeinschuldner *ausserhalb* des Konkursverfahrens geltend zu machen.

Art. 54

f. Concurrence entre un droit de propriété ou de gage et la qualité de biens de stricte nécessité

[1] Lorsque des droits de gage conventionnels, réclamés sur des objets de stricte nécessité, ont été admis au cours de la procédure de collocation, ces objets sont considérés comme rentrant dans la masse et liquidés au profit du créancier gagiste; le surplus sera remis au failli.

[2] Lorsque des objets revendiqués par un tiers ont été déclarés de stricte nécessité, la masse ne fait pas application de l'article 242 LP, mais se borne à renvoyer le revendiquant à faire valoir ses droits contre le failli *en dehors* de la procédure de faillite.

Art. 54

f. Diritti di pegno e di proprietà sopra oggetti non pignorabili

[1] Qualora vengano fatti valere dei diritti di pegno contrattuali sopra oggetti non pignorabili, e questi diritti siano riconosciuti nella procedura di contestazione della graduatoria, detti oggetti dovranno essere avocati alla massa e realizzati a favore dei creditori pignoratizi. Restando un'eccedenza, questa verrà attribuita al fallito.
[2] Ove un oggetto rivendicato da un terzo venga dalla massa riconosciuto come oggetto non pignorabile, non si potrà far capo alla procedura dell'articolo 242 della LEF, ma si avvertirà il terzo ch'egli deve far valere la sua pretesa contro il fallito *all'infuori* della procedura di fallimento.

Übersicht *Note*

I.	Allgemeines	1
II.	Kompetenzstücke	2
III.	Verpfändete Kompetenzstücke	6
IV.	Eigentumsansprachen an Kompetenzstücken	8

I. Allgemeines

1 Die Bestimmung regelt, wie vorzugehen ist, wenn an *Kompetenzstücken*, die sich in der Masse befinden, von einem *Dritten* Eigentum geltend gemacht wird. Kompetenzstücke sind per definitionem nur bei natürlichen Personen möglich, Vermögenswerte von juristischen Personen haben nie Kompetenzcharakter (BGE 63 III 17, 18). Die Norm hat deshalb einen nur eingeschränkten Anwendungsbereich, und es finden sich dazu auch kaum publizierte Gerichtsentscheide.

II. Kompetenzstücke

2 Durch die Verwendung des Begriffs «Kompetenzstücke» wird auf Art. 92 SchKG verwiesen. Unter Kompetenzstücken werden aus moralischen, sozialen oder wirtschaftlichen Gründen *unpfändbare Gegenstände* bezeichnet (Amonn/Walther, § 23 Rz 13). Nach traditioneller Terminologie werden zu den Kompetenzstücken nur die Vermögenswerte gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1–5 gezählt (BSK SchKG I-Vonder Mühll, Art. 92 N 3). Weshalb die Bestimmung nur Kompetenzstücke gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1–5 SchKG erfassen soll, ist nicht ersichtlich. Richtigerweise sollte sich die Bestimmung auf sämtliche nicht

pfändbaren Vermögenswerte gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1–11 SchKG beziehen. Zutreffend ist allerdings, dass es sich dabei, abgesehen von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG, von ihrer Natur her nicht um Sachen oder ihnen gleichgestellte Rechte handelt, für die das Aussonderungsverfahren zur Anwendung kommen kann.

Die Kompetenzstücke sind *nicht pfändbar* und bilden damit nicht Teil der Konkursmasse i.S.v. Art. 197 SchKG. Sofern hingegen an einem Kompetenzstück ein vertragliches Pfandrecht begründet wurde, kann sich der Schuldner nicht mehr auf dessen Kompetenzqualität berufen (Fritzsche/Walder, § 41 Rz 9 FN 13). Ein verpfändetes Kompetenzstück bildet deshalb Teil der Konkursmasse. 3

Die Kompetenzstücke sind gemäss Art. 31 Abs. 1 durch die Konkursverwaltung am Schluss des Inventars von Amtes wegen *auszuscheiden*. Der Schuldner hat dabei die Möglichkeit, auf die Kompetenzqualität einer bestimmten Sache ausdrücklich zu verzichten (Art. 31 Abs. 3; hierzu die Kommentierung zu Art. 31). 4

Die Konkursverwaltung entscheidet damit über die Kompetenzqualität von Gegenständen und hat gegenüber dem Schuldner entweder durch Vorlage des Inventars oder durch besondere schriftliche Verfügung Mitteilung zu machen (Art. 31 Abs. 2). Gegenüber den Konkursgläubigern ist mittels Auflegung des Inventars an der ersten Gläubigerversammlung Mitteilung zu machen. Ab diesem Zeitpunkt läuft für sie die *Frist zur Anfechtung* durch Beschwerde (Art. 32 Abs. 1). Ist die Auflage an der ersten Gläubigerversammlung aus zeitlichen Gründen nicht möglich, so soll die Auflegung mit der Mitteilung über die Auflage des Kollokationsplans verbunden werden. Dies gilt ebenso im summarischen Konkursverfahren (Art. 32 Abs. 2). Dabei wird die Kompetenzqualität von Gegenständen festgelegt; sie kann später nicht mehr geltend gemacht werden (Art. 32 Abs. 1 Satz 2). 5

III. Verpfändete Kompetenzstücke

An Kompetenzstücken können, obwohl unpfändbar, vertragliche Pfandrechte begründet werden (vgl. oben N 3). Als Folge davon bilden sie auch Teil der Konkursmasse, so dass die Pfandrechte daran im Kollokationsverfahren abgeklärt werden. Werden solche *vertraglichen Pfandrechte* rechtskräftig kolloziert, werden die Kompetenzstücke zur Konkursmasse gezogen und im Rahmen des Konkursverfahrens verwertet. Der Erlös dient vorab zur Deckung der Pfandrechtsgläubiger. Verbleibt ein Überschuss, fällt dieser nicht, wie sonst bei pfandbelasteten Vermögenswerten üblich, in die Konkursmasse, sondern wird dem Schuldner ausgehändigt. Dies ist die Folge davon, dass die Kompetenzqualität 6

gegenüber der Masse festgestellt wurde, weshalb diese daran keine vermögensrechtlichen Ansprüche geltend machen kann.

7 Die Tatsache, dass an den Kompetenzstücken vertragliche Pfandrechte bestehen, ändert nichts daran, dass diese durch die Konkursverwaltung *auszuscheiden* sind. Die Verfügung der Konkursverwaltung kann durch den Schuldner und die Gläubiger mittels betreibungsrechtlicher Beschwerde angefochten werden (vgl. oben N 5).

IV. Eigentumsansprachen an Kompetenzstücken

8 Auch wenn gewisse Gegenstände als Kompetenzstücke von der Masse anerkannt sind, ändert dies nichts daran, dass daran *Eigentumsansprachen von Drittparteien* gemacht werden können. Da die Konkursmasse in einem solchen Fall kein vermögensrechtliches Interesse mehr an solchen Gegenständen hat, besteht auch kein Anlass, den Bestand der Drittrechte im Rahmen des Konkursverfahrens abzuklären.

9 Der Drittansprecher hat *ausserhalb* des Konkursverfahrens gegen den Schuldner vorzugehen, was auch regelmässig möglich sein wird, da es sich beim Schuldner im Falle von Kompetenzstücken notwendigerweise um eine natürliche Person handeln muss (vgl. oben N 1).

10 Die hier geregelte Situation ist mit derjenigen nach Art. 51, 1. Spiegelstrich vergleichbar: Auch dort ist der Streit zwischen demjenigen, der das Eigentum geltend macht und dem Pfandansprecher nicht im Konkursverfahren auszutragen.

11 Der Anspruch des Drittansprechers muss sich – entgegen dem Wortlaut – nicht notwendigerweise auf Eigentum gründen. Da sich die Geltendmachung ausserhalb des Aussonderungsverfahrens abspielt, ist der Drittansprecher frei, sich auf irgendeinen Rechtstitel zu berufen, der ihm ein besseres Recht am Gegenstand einräumt. Solche Rechte können insbesondere auch *obligatorische* Rechte sein.

IV. Erwahrung der Konkursforderungen Kollokation der Gläubiger (Art. 244–251 SchKG)

Art. 55

1. Protokollierung der Erklärungen des Gemeinschuldners

Die *Erklärungen des Gemeinschuldners* über die einzelnen Forderungen (Art. 244 SchKG) sind entweder im Verzeichnis der Forderungseingaben oder in einem besondern Protokoll zu verurkunden und von ihm zu unterzeichnen. Ist der Gemeinschuldner gestorben oder abwesend, so ist dies anzugeben. Die Bestimmung in Artikel 30 Absatz 1 hiervor betreffend die Kollektiv-, Kommandit-, Aktiengesellschaften und Genossenschaften findet hier ebenfalls Anwendung.

Art. 55

1. Déclarations du failli

Les *explications du failli* au sujet de chaque production (art. 244 LP) sont consignées sur la liste des productions ou dans un procès-verbal spécial; elles seront signées par lui. Mention sera faite éventuellement de son décès ou de son absence. Les règles indiquées à l'article 30, 1er alinéa ci-dessus au sujet des sociétés en nom collectif, en commandite, par actions ou coopératives, sont applicables ici également.

Art. 55

1. Dichiarazioni del fallito e loro registrazione a verbale

Le *dichiarazioni del fallito* in merito ai singoli crediti insinuati al fallimento (art. 244 LEF) devono essere trascritte nell'elenco delle insinuazioni, oppure in uno speciale protocollo, e venir firmate dal fallito. Se questi è morto od assente, si terrà nota di questa circostanza. Sono anche qui applicabili le norme sancite dall'articolo 30 per le società in nome collettivo ed in accomandita, per le società anonime e le associazioni.

Übersicht

		Note
I.	Allgemeines	1
II.	Konkursforderung	5
III.	Zuständigkeit	8
	1. Konkursverwaltung	8
	2. Gläubigerausschuss	13
IV.	Erwahrungsphase	16
	1. Allgemeines	16
	2. Vorprüfung	19
	3. Konfrontation des Gemeinschuldners	26
	4. Verurkundung der Erklärung des Gemeinschuldners	43
	5. Unterzeichnung	49