

Arbeitserwerb und Führung des Restaurants in Chur aufhält und seine Schriften auch nur zu diesem Zwecke dort hinterlegt hat. Das kantonale Gastwirtschaftsgesetz schreibt denn auch vor, dass der Gastwirt in der Regel in der Gemeinde, wo er seine Gaststätte führt, «Wohnsitz» zu nehmen habe (Art. 5 Abs. 1 lit. d GWG), wobei dieser gastgewerbliche Wohnsitz, der sich offenbar mit der Hinterlage der Schriften begnügt, nicht mit dem zivil- und betriebsrechtlichen Wohnsitz übereinzustimmen braucht. Bei dieser Be- weislage liegt der klassische Fall des Gewerbetreibenden vor, dessen Bezie- hungen zum Ort seines Gewerbes rein ökonomischer Natur sind, und wo er darüber hinaus bloss gewerbepolizeilicher Vorschriften wegen seine Schrif- ten hinterlegt hat, im übrigen aber sein gesamtes soziales Beziehungsnetz und sein Leben mit Frau und Kind an einem eindeutig zu identifizierenden anderen Ort organisiert hat. X hat seinen Wohnsitz im Sinne von Art. 46 Abs. 1 SchKG daher zweifellos in der Gemeinde Grüşch.

SchKG 21/95

Entscheid vom 11. Juli 1995

41 - Feststellung der Konkursmasse (Art. 221 ff. SchKG; Art. 25ff. KOV).

- **Anfechtungsansprüche gemäss Art. 285 ff. SchKG sind, sofern sie nicht offensichtlich inexistent sind, im Inventar vorzumerken** (Art. 200 SchKG, Art. 27 Abs. 2 KOV) und, sofern die Gesamtheit der Gläubiger durch Beschluss auf deren Geltendmachung verzichtet, den Gläubigern zur Abtretung gemäss Art. 260 SchKG anzubieten (Erw. 2, 3).
- **Pflicht der Konkursverwaltung, konkreten Hinweisen auf allfällige Vermögenswerte - in casu kurz vor der Konkurseröffnung angeblich «ohne Gewinn» erfolgte, allenfalls anfechtbare Veräusserung einer Liegenschaft - nachzugehen** (Erw. 4 b).

Aus den Erwägungen:

2. Beantragt wird, die mit dem Ehe- und Erbvertrag zu Eigentum der Ehegattin des Konkursiten erklärten Vermögenswerte beziehungsweise die damit zusammenhängenden Haftungs- und Anfechtungsansprüche seien in das Konkursinventar aufzunehmen. Insoweit die Beschwerdeführerin die Aufnahme der einzelnen Gegenstände aus der Inventarliste des Ehe- und Erbvertrages als solche in das Konkursinventar verlangt, ist die Beschwerde abzuweisen. Zu Recht stellt die Beschwerdeführerin nicht in Frage, dass die Ehegattin

des Konkursiten mit Ehe- und Erbvertrag vom 5. März 1994 Eigentümerin der darin aufgeführten Sachen geworden ist. Unbestritten ist fer-

ner, dass die Ehefrau des Konkursiten Gewahrsam an den umstrittenen Gegenständen hat. Somit kommt die Aufnahme der einzelnen Sachen als Aktiven in die Konkursmasse nicht in Frage. Soweit es sich beim umstrittenen Vermögen um Sachwerte handelt, hat daher auch kein Aussonderungsverfahren stattzufinden.

Die Rechtsnatur der Anfechtungsansprüche nach Art. 285-288 SchKG, auf welche sich die Beschwerdeführerin in der Hauptsache beruft, führt zu keinem anderen Resultat. Im Gegensatz zum Arrest, mit welchem die Gläubiger vor dem Eintritt drohenden Schadens geschützt werden wollen, indem Vermögensgegenstände aus dem Verkehr gezogen werden, um sie einer kommenden Vollstreckung zuzuführen, verfolgt die Anfechtungsklage lediglich den Zweck, einen für die Gläubiger bereits eingetretenen Schaden wieder gutzumachen. Der Schuldner ist vor Konkursausbruch in seiner Verfügungsfähigkeit nicht beschränkt; seine Rechtshandlungen sind an sich gültig. Die Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 ff. SchKG beschränken sich darauf, Vermögensgegenstände, welche durch an sich rechtsgültige Akte des Schuldners ausgeschieden, beziehungsweise vor Konkurseröffnung dem Konkursbeschlagnahmepflicht entzogen wurden, dem allgemeinen Beschlagnahmepflicht der Gläubiger wieder zuzuführen. Die erfolgreiche Anfechtungsklage hat keine Ungültigkeit des gesamten angefochtenen Rechtsgeschäfts zur Folge, weder eine absolute noch eine relative; sie hat keine dingliche, sondern nur obligatorische Wirkung. Hat ein Dritter vom nachmaligen Konkursiten - paulianisch anfechtbar - Vermögensgegenstände erworben, so bleibt er deren Eigentümer (Kurt Amann, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Aufl., Bern 1993, § 52 N. 2-4; BGE 115 III 141); die Vermögenswerte sind lediglich mit einem Beschlagnahmepflicht belastet. Der Eigentumsübergang vom nachmaligen Konkursiten auf den Erwerber wird durch die paulianische Anfechtung nicht schlechthin vernichtet, er wird lediglich den erfolgreichen Anfechtungsklägern gegenüber nicht beachtet, und die Gegenstände können zugunsten der Anfechtungskläger zwangsweise verwertet werden (vgl. zum Ganzen: Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, Zürich 1993, Band II, § 65 Rz 1, 6 und 8). Bei dieser Sach- und Rechtslage können die umstrittenen Vermögenswerte nicht als Sachen oder als Sachgesamtheiten in das Konkursinventar aufgenommen werden, sondern allenfalls als Anfechtungsansprüche im

Sinne von Art. 285 ff. SchKG gegen die Ehefrau des Konkursiten.

3. Der Konkurs ist Generalexekution. Das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners wird liquidiert. Damit solches stattfinden kann, muss vor-

gängig das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners zuverlässig festgestellt werden. Hierzu dient das Konkursinventar (Art. 221 SchKG, Art. 25 ff. KOV). Namentlich gehört zur Konkursmasse und ist in das Konkursinventar aufzunehmen alles, was nach Massgabe von Art. 285-292 SchKG Gegen-

stand der Anfechtungsklage sein kann (Art. 200 SchKG, Art. 27 Abs. 2 KOV). Bestehen Zweifel darüber, ob Ansprüche dem Gemeinschuldner zu- stehen, so sind sie in das Konkursinventar aufzunehmen. Jeder prüfenswerte Anspruch ist vorläufig in das Konkursinventar aufzunehmen. Zweifelhafte Anfechtungsansprüche sind in das Konkursinventar aufzunehmen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass solche Ansprüche gegeben sind, und es als geboten erscheint, den bestehenden Verdacht zu erhärten, weil Indizien dafür bestehen, dass Ansprüche mit einiger Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden können. Bleibt die Wahrscheinlichkeit, dass ein Anfechtungstatbestand vorliegt, nach Durchführung der gebotenen Erhebungen gering, so hat das Konkursamt wenigstens den Anfechtungsanspruch als bestrittenes Guthaben pro memoria in den Konkurs einzubeziehen und den Gläubigern zur Abtretung zu offerieren (vgl. ZR 78 [1979] Nr. 78 S. 183 ff.). Solange die Nichtexistenz der von einem Gläubiger behaupteten Ansprüche der Konkursmasse nicht eindeutig festgestellt ist, bilden sie grundsätzlich Bestandteil der Aktivmasse. Mit Ausnahme der Fälle, in denen es sich um offensichtlich nicht existente Ansprüche handelt (B1SchK 1964 Nr. 41), müssen solche Ansprüche demzufolge auch in das Konkursinventar aufgenommen werden. Vorliegend kann nun nicht gesagt werden, dass die von der Beschwerdeführerin behaupteten Anfechtungsansprüche «offensichtlich nichtexistent» sind. Die zeitliche und sachliche Nähe des Ehe- und Erbvertrages zwischen dem Konkursiten und seiner Ehefrau, mit welchem das gesamte eheliche Vermögen der Ehefrau zugewiesen wurde, zu den Tatbeständen von Art. 286-288 SchKG ist gegeben. Namentlich kann der Erfolg einer Überschuldungsanfechtung oder einer Absichtsanfechtung nicht von vorneherein ausgeschlossen werden. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hat im übrigen weder das Konkursamt noch die Aufsichtsbehörde materiell zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Anfechtung nach Art. 286-288 SchKG gegeben sind. Dies ist Aufgabe des ordentlichen Zivilrichters (B1SchK 1960 Nr. 45). Die Beschwerde ist daher insoweit gutzuheissen, als das angefochtene Konkursinventar vom 27. März 1995 aufgehoben und das Konkursamt angewiesen wird, die von der Beschwerdeführerin behaupteten Anfechtungsansprüche in das Inventar aufzunehmen.

Für das weitere Verfahren ist das Konkursamt darauf hinzuweisen, dass es - entgegen der in seiner Vernehmlassung geäusserten Auffassung - nicht in seiner Kompetenz liegt, den Verzicht auf die Weiterverfolgung der ins Konkursinventar aufgenommenen Anfechtungsansprüche zu verfügen. Ein Verzicht auf die Geltendmachung durch die Konkursmasse kann nur von der Gesamtheit der Gläubiger mit Mehrheit beschlossen werden. Dies gilt auch im

Fälle zweifelhafter Rechtsansprüche der Masse, und davon kann auch im summarischen Konkursverfahren nicht abgesehen werden (BGE 53 III 124, 64 III 36 f.). Es ist demnach durch die Gläubiger auf dem Zirkular-

weg (BGE 64 III 37, Art. 96 a KOV) Beschluss darüber zu fassen, ob die Anfechtungsansprüche durch die Masse geltend zu machen sind oder ob auf deren Geltendmachung zu verzichten ist. Verzichtet die Gesamtheit der Gläubiger auf die weitere Verfolgung der Abtretungsansprüche - sei es wegen Aussichtslosigkeit, sei es wegen des Kostenrisikos oder aus anderen Gründen

- so ist jedem einzelnen Gläubiger Gelegenheit zu geben, die Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG zu verlangen (BISchK 1964 Nr. 41, 1981 Nr. 34; BGE 64III37).

4. Ist das angefochtene Konkursinventar aufzuheben, bietet sich die Gelegenheit, die Vorinstanz auf zwei weitere Mängel bei der Erstellung des Konkursinventars hinzuweisen:

a) Für die Erstellung des Konkursinventars besteht das Formular 3K. Seine Verwendung ist obligatorisch (Art. 2 Ziff. 2 KOV). Diese Bestimmung hat zwar nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift; ein vom Konkursbeamten selbstverfasstes Konkursinventar ist ebenso rechtswirksam - vorausgesetzt, es sei eindeutig abgefasst, enthalte die notwendigen Bestandteile gemäss Art. 25 ff. KOV und sei in gehöriger Weise zugestellt worden. Es ist aber nicht zu übersehen, dass die Verwendung des Formulars 3K die Sache namentlich für ungeübte Konkursbeamte wesentlich erleichtert und der Rechtssicherheit dient. So ist im vorliegenden Fall nicht auszuschliessen, dass es bei der Verwendung des obligatorischen Formulars 3K nicht zu einem Beschwerdeverfahren gekommen wäre. Das Formular weist nämlich einleitend auf die wesentlichen Bestimmungen der KOV für die Feststellung der Konkursmasse hin. So namentlich auch auf Art. 27 Abs. 2 KOV über die Aufnahme der Anfechtungsansprüche nach Art. 214 und Art. 285 ff. SchKG in das Konkursinventar.

b) Bei der Feststellung der Aktiven des Gemeinschuldners hat die Konkursverwaltung im Interesse der Masse allen konkreten Hinweisen nachzugehen, die dazu führen könnten, dass sich die Aktivmasse vergrössert. Dass die Voraussetzungen für die Aufnahme (zweifelhafter) Anfechtungsansprüche nach Art. 214 und 285 ff. SchKG in das Konkursinventar gering sind - ob sie danach durch die Konkursmasse oder einzelne Gläubiger verfolgt werden, ist eine andere Frage - wurde vorstehend in Ziffer 3 dargelegt. Im Lichte dieser Überlegungen kann man nach der Aussage des Gemeinschuldners im angefochtenen Konkursinventar, er habe anfangs Januar 1995 eine Liegenschaft ohne Gewinn verkauft, nicht einfach zur Tagesordnung übergehen. Wenn jemand am 27. Januar 1995 in Konkurs geht und wenige Tage zuvor eine Liegenschaft verkauft hat, so ist diesem Rechtsgeschäft jedenfalls nachzugehen. Der Hinweis, der Verkauf sei

«ohne Gewinn» erfolgt, entbindet die Konkursverwaltung nicht, dem konkreten Hinweis mit der nötigen Sorgfalt nachzugehen. Es ist abzuklären, wer durch dieses Rechtsgeschäft bereichert wurde und, falls es der Gemeinschuldner ist, wo die Ver-

Konkurseröffnung wird das gesamte in diesem Zeitpunkt vorhandene und ihm im Verlaufe des