



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

Konkursverfahrens anfallende Vermögen des Schuldners ohne weiteres zum Sondervermögen der Konkursmasse (Art. 197 SchKG). Insoweit es sich um bewegliche Sachen handelt, genügt die aus dem Besitz des Gemeinschuldners folgende Vermutung seines Eigentums gemäss Art. 930 ZGB, damit eine Sache (vorläufig) in seine Konkursmasse fällt. Für diese Rechtsfolge genügt sogar der rein tatsächliche Gewahrsam an einer Sache (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1993, § 48 Rz 7 und Anm. 20 daselbst). Vorliegend ist unstrittig, dass der Gemeinschuldner als Eigentümer des Hotels Hirschen zur Zeit der Konkursöffnung nicht nur tatsächlichen Gewahrsam, sondern eigentlichen Besitz über die sich in dieser Liegenschaft befindliche Hogatron-Anlage ausgeübt hat. Dennoch hat die Hogatron-Anlage keine ausdrückliche Aufnahme ins Konkursinventar gefunden. Im Konkursinventar ist bei der Liegenschaft Hotel Hirschen lediglich der allgemeine Begriff Zugehör zu finden, mit einem Schätzwert von insgesamt Fr. 200 000.-. Aus dem Grundbuchauszug geht als Anmerkung hervor: «4. Zugehör: Die gesamte Hotel-einrichtung inkl. Maschinen, Mobiliar und Inventar im Gesamtwert von Fr. 150 000.-»; eine Liste der einzelnen Zugehörgegenstände geht aus dem Grundbuch nicht hervor. Abgesehen vom Inventar des Getränkelagers findet sich in den gesamten Konkursakten keine Dokumentation über die Maschinen, das Mobiliar und das übrige Inventar des Hotels. Ob nun nach Meinung des Konkursamtes und der Beschwerdeführerin die umstrittene Hogatron-Anlage trotzdem als im Konkursinventar stillschweigend mitenthalten zu gelten hat, braucht hier nicht abschliessend geprüft zu werden. Im einen wie im andern Fall war das Vorgehen des Konkursamtes bereits bei der Inventarisierung nicht gesetzeskonform. Nachdem die Leasinggeberin ihren Eigentumsanspruch bereits am 14. April 1994 angemeldet hatte, lag die Meinungsverschiedenheit zwischen der Leasinggeberin und der Grundpfandgläubigerin über die Zugehöreigenschaft der Hogatron-Anlage bereits offen auf dem Tisch. Seitens der Konkursverwaltung wäre daher entsprechend Art. 225 SchKG/Art. 34 KOV vorzugehen gewesen.

Die Tatsache, dass das Eigentum an einer im Gewahrsam des Gemeinschuldners befindlichen Sache von einem Dritten beansprucht wird, ist bereits im Konkursinventar vorzunehmen. Die umstrittene Sache ist im Konkursinventar auf dem dafür vorgesehenen besonderen Einlageblatt (obligatorisches Formular 3 eK) zu verzeichnen (Art. 34 in Verbindung mit Art. 2 Ziff. 2 KOV; Fritzsche/Walder, a.a.O., § 44 Rz 5; Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich, Muster-Kollokationsplan, Wädenswil 1981, S. 17-21). Weil jedoch das Konkursinventar lediglich einen verwaltungsinternen Akt darstellt, der

gegen- über den am Konkurs nicht Beteiligten keine rechtliche Wirkungen entfaltet, braucht das Konkursinventar vorliegend nicht abgeändert zu werden. Für die hier strittigen Fragen des Dritteigentums beziehungsweise der Zugehörei-

genschaft ist vielmehr der Kollokationsplan und das darin enthaltene La- stenverzeichnis massgeblich.

3. a) Nach Art. 242 Abs. 1 SchKG verfügt die Konkursverwaltung über die Herausgabe von Sachen, welche von Dritten als Eigentum ange- sprochen werden. Die beschwerdeführende Bank weist zutreffend darauf hin, dass diese Verfügungskompetenz der Konkursverwaltung erheblichein- geschränkt ist. Aus eigener Kompetenz, namentlich ohne vorgängige Be- grüssung der Gläubiger, kann die Konkursverwaltung bei der Aussonderung nur in zwei Fällen selbst entscheiden. Ist sie der Ansicht, die Dritteigen- tumsansprache sei materiell unbegründet, so setzt die Konkursverwaltung ohne weiteres, das heisst ohne vorherige Konsultation der Gläubiger, dem Dritten die Klagefrist nach Art. 242 Abs. 2 SchKG an. Eine Aussonderung wird also nicht angeordnet. Die Zustimmung der Gläubiger ist hier deshalb entbehrlich, weil ihre Zustimmung zu vermuten ist, kann sich doch die Ab- wehr eines Dritteigentumsanspruches durch die Konkursverwaltung - vom Prozesskostenrisiko einmal abgesehen - nur positiv auf die Konkursdivi- dende der Gläubiger auswirken (ZR 85 [1986] Nr. 18 S. 34).

Der Fall von Art. 242 Abs. 2 SchKG war hier nach Ansicht des Konkursamtes A nicht gegeben, hat das Konkursamt doch augenscheinlich aufgrund des eingereichten Lea- singvertrages deren Eigentumsanspruch materiell geprüft und für begründet gehalten. Eine direkte Aussonderung durch die Konkursverwaltung ist je- doch nur nach Massgabe der Ausnahmebestimmung von Art. 51 KOV mög- lich, wenn die Eigentumsverhältnisse liquide sind, die Herausgabe im offen- baren Interesse der Masse liegt oder der Drittsprecher angemessene Kau- tion leistet. Dass ein solcher Ausnahmetatbestand vorliege, wird weder von den Parteien noch von den Vorinstanzen geltend gemacht.

Namentlich kann nicht die Rede davon sein, dass das Dritteigentum offensichtlich erwiesen sei, kann doch die Qualifikation eines Leasingvertrages, mit seinen bekannten Erscheinungsformen in der Rechtswirklichkeit, die von reiner Miete bis zum verkappten Abzahlungsvertrag (Kaufvertrag) reichen, alles andere als recht- lich einfach sein. Namentlich zeitigt die Nähe des Leasingvertrages zur Miete oder zum Kaufvertrag hinsichtlich der für die Aussonderung beziehungs- weise die Zugehörqualifikation massgeblichen Eigentumsfrage jeweils ein gegensätzliches Ergebnis. Liegt kein Fall für die direkte Aussonderung durch die Konkursverwaltung gemäss Art. 51 KOV vor, so stellt die Aussonde- rungsverfügung des Konkursamtes A vom 15. April 1994 eine Verletzung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung dar. Darüberhinaus wurde die genannte

Aussonderungsverfügung ohne vorherige Anhörung der beschwerdeführen- den Bank erlassen und ihr auch im nachhinein nicht mitgeteilt. Durch die erwähnte Verfügung wurden daher auch das rechtliche Gehör und die Gläubigerrechte gemäss Art. 253 Abs. 2 SchKG/Art. 47 ff. KOV verletzt. Derartige Verfügungen sind nichtig. Auch wenn keiner der Beteiligten die Rechtswid-

rigkeit dieser ersten Aussonderungsverfügung des Konkursamtes A vom 15. April 1994 in Zweifel gezogen hat, so ist deren Nichtigkeit hier von Amtes wegen festzustellen.

b) Kann schon das örtlich zuständige Konkursamt A eine direkte Aussonderung ohne vorgängigen Beschluss der Gläubiger nicht verfügen, um so weniger kann eine entsprechende Befugnis dem lediglich rechtshilfe- weise für das Konkursamt A handelnden Konkursamt B zukommen. Des weiteren hat das Konkursamt B mit der angefochtenen Verfügung seinen Rechtshilfenauftrag klar überschritten. Der Rechtshilfenauftrag beschränkte sich auf die Inventaraufnahme im Hotel Hirschen und war daher unselbstän- diger Natur. Das Konkursinventar wurde vom Konkursamt A erstellt und un- terzeichnet. Entgegen der Meinung der Bank kann nicht die Rede davon sein, dass «nunmehr das Konkursamt B das Verfahren in dieser Angelegen- heit leitet». Bei dieser Art von Rechtshilfe kann es von vorneherein nicht die Aufgabe des ersuchten Amtes sein, eine Beurteilung der materiellen Rechts- lage in bezug auf strittige Zugehör vorzunehmen und irgendwelche Verfü- gungen über die Aussonderung zu treffen. Dies muss der für das ganze Kon- kursverfahren örtlich zuständigen Konkursverwaltung vorbehalten sein, da es auch dieser Konkursverwaltung obliegt, ihren Antrag auf Anerkennung der Dritteigentumsansprache oder die Klagefristansetzung nach Art. 242 Abs. 2 SchKG vor den Gläubigern zu rechtfertigen. Wurde die Verfügung des Konkursamtes B vom 12. Mai 1995 in Verletzung der Vorschriften über die örtliche und sachliche Zuständigkeit erlassen, so ist die Nichtigkeit der ange- fochtenen Verfügung von Amtes wegen festzustellen.

4. Ist sowohl die Nichtigkeit der angefochtenen Aussonderungsver- fügung des Konkursamtes B vom 12. Mai 1995 wie auch die Nichtigkeit der nichtangefochtenen Aussonderungsverfügung des Konkursamtes A vom 15. April 1995 festzustellen, so ist das Konkursverfahren - zumindest soweit es sich um den Streit über die Zuhörigkeit der Hogatron-Anlage zur Masse dreht - in den Stand des Verfahrens vor Erlass der nichtigen Verfügungen zurückzusetzen. Der gegenteiligen Auffassung der Beschwerdeführerin, weil die Leasinggeberin den Kollokationsplan nicht angefochten habe, sei deren allfälliger Aussonderungsanspruch verwirkt, kann nicht gefolgt wer- den. Selbst wenn in einem Kollokationsplan oder in einem Lastenverzeichnis zu demselben über Aussonderungsansprüche oder die Zugehöreigenschaft von Sachen zur Pfandsache verfügt werden könnte - was zu prüfen bleibt -, wäre im konkreten Fall die Feststellung, dass die Leasinggeberin

diesbezüg-  
liches Klagerecht verwirkt hat, aus Gründen des Vertrauensschutzes  
be- denklich. Die Fristansetzung an den gewahrsamslosen  
Drittansprecher gemäss Art. 242 Abs. 2 SchKG, beziehungsweise die  
direkte Herausgabe der Sache an den Drittansprecher in Anwendung von  
Art. 51 KOV hat in einer  
gesonderten Verfügung an den Ansprecher zu erfolgen (C. Jaeger,  
Bundes-

gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, Band II, N. 2 zu Art. 242). Diese Form wurde hier mit der ersten Aussonderungsverfügung des Konkursamtes A vom 15. April 1994 befolgt. Diese Verfügung erging vor dem Kollokationsplan und hat folgenden Wortlaut: «Aufgrund des Leasing- Vertrages Nr. 927563 / Kellnerselbstbedienungsanlage im Hotel Hirschen teilen wir Ihnen mit, dass wir Ihre Forderung ins Konkursinventar aufnehmen und als Dritteigentum ausscheiden werden.» Auch wenn der Inhalt dieser Verfügung nicht über alle Zweifel erhaben ist, weil darin die Fragen der Forderungskollokation und jene nach der Ausscheidung des Dritteigentums vermischelt werden, so durfte die Leasinggeberin nach Treu und Glauben doch davon ausgehen, dass der von ihr erhobene Eigentumsanspruch damit anerkannt wird und sie nichts weiter zu unternehmen habe. Den Fragen, ob ein klarer Fall im Sinne von Art. 51 KOV vorlag, und die Konkursverwaltung zum Erlass einer solchen Verfügung sachlich zuständig war, beziehungsweise ob allenfalls die Gläubiger der Aussonderung vorgängig der Verfügung zugestimmt hatten, musste die Leasinggeberin nicht nachgehen. Sie hatte mithin keinerlei Veranlassung, gegen das später erlassene Konkursinventar und den Kollokationsplan oder das Lastenverzeichnis vorzugehen. Der Einwand der Bank, die Drittsprecherin hätte den Kollokationsplan anfechten müssen, ist auch deshalb unbehelflich, weil dem Kollokationsplan oder dem Lastenverzeichnis nicht einmal ansatzweise entnommen werden kann, dass die Konkursverwaltung darin über einen Aussonderungsanspruch oder die Zugehörqualität der strittigen Sache entschieden hat. Für die Beschwerdeführerin war durch den Kollokationsplan keinerlei Beschwer auszumachen. Eine stillschweigende Ablehnung des gehörig angemeldeten Drittspruchs durch ein qualifiziertes Schweigen kann angesichts von Art. 242 und 30 SchKG/Art. 34, 45 und 46 KOV nicht angenommen werden. Hier wäre dies um so weniger statthaft, als die Leasinggeberin im Besitze einer nicht widerrufenen Verfügung war, die ihr ausdrücklich das Gegenteil bescheinigte.

5. Beizupflichten ist den Ausführungen der beschwerdeführenden Bank hingegen insoweit, als sie geltend macht, das Kollokationsklageverfahren habe hier Vorrang vor dem Aussonderungsverfahren. Obwohl nach der gesetzlichen Systematik bei der Verwertung eines Grundpfandes im Konkurs die Bestimmungen der KOV grundsätzlich vorgehen, und in Art. 122 ff. VZG das Problem der Konkurrenz zwischen dem Aussonderungsverfahren und dem Kollokationsverfahren nicht ausdrücklich gelöst wird, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im besonderen Fall der umstrittenen

Zugehörigkeit einer Sache zu einer Pfandsache der Streit nicht im Aussonderungsverfahren, sondern im Kollokationsklageverfahren auszutragen (vgl. BGE 54 III 18 f., 55 III 42 f., **58 III 139 f.**, **86 III 70 ff.**, 97 III 97; B1SchK

1985 S. 7-9; Stöckli/Ineichen, Die Behandlung der von Dritten angesprochenen Zugehör im Konkurs, in: Schweizer Treuhänder, 6/95 S. 25; Muster-Kol-

lokationsplan, a.a.O., Erläuterungen S. 101 f., insbesondere S. 102 Ziff. 3). Die Frage, ob eine Sache Zugehör zu einer Pfandsache sei, das heisst, ob sie das rechtliche Schicksal der Pfandsache teile, wird im Pfandverwertungsverfahren zur Frage nach dem Umfang der Pfandhaft. Es ist Aufgabe des Kollokationsplanes beziehungsweise des Lastenverzeichnisses in demselben, den Umfang der Pfandhaft eindeutig zu bestimmen. Abgesehen davon, dass vorliegend der Vorschrift von Art. 11 Abs. 2 VZG, wonach alle Zugehörgegenstände einzeln aufzuführen und zu schätzen sind, nicht nachgelebt wurde, ist aus den Akten ersichtlich, dass die Widmung des Hotelzugehört aus dem Jahre 1979 stammt, andererseits aber die umstrittene Hogatron-Anlage durch Leasingvertrag erst 1991 in die Räumlichkeiten des Hotels gelangt ist. Soweit aus den Konkursakten ersichtlich, ist die umstrittene Kellnerselbstbedienungsanlage auch nicht Ersatz für vorbestandene Zugehör, welche dem gleichen Zweck diene. Wenn nun aufgrund der Konkurspublikation ein Dritter Eigentum an einer solchen Sache geltend macht, so ist offensichtlich, dass er damit die Zugehörqualität bestreitet. In einem solchen Fall muss die Konkursverwaltung - gleich wie wenn überhaupt nichts im Grundbuch angemeldet wäre - im Kollokationsplan beziehungsweise in dem dazugehörigen Lastenverzeichnis eine klare Verfügung darüber treffen, was als Zugehör anerkannt und im Lastenverzeichnis als vom Grundpfand mitbelastet zu gelten hat (BGE 58 III 139 ff., B1SchK 1985 S. 8). Ist ein Betroffener mit dieser (materiellen) Entscheidung der Konkursverwaltung nicht einverstanden, muss er die Streitfrage mit der Kollokationsklage vor den ordentlichen Zivilrichter bringen, der allein zuständig ist, darüber zu entscheiden (B1SchK 1985 S. 8; BGE 106 III 24). Das Konkursamt A wird demnach angewiesen, den Kollokationsplan und das dazugehörige Lastenverzeichnis in diesem Punkt im vor genannten Sinne zu ergänzen, neu aufzulegen und mitzuteilen.

SchKG 19/95

Entscheid vom 11. Juli 1995