

## S. 45 / Nr. 14 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 76 III 45

14. Entscheid vom 12. September 1950 i. S. Konkursamt Wiedikon-Zürich.

## Regeste:

Aussonderung im Konkurs (Art. 242 SchKG). Kosten der Verwahrung der aus gesonderten Gegenstände in der Zeit zwischen Konkurseröffnung und Herausgabe. Kann die Konkursmasse vom Dritteigentümer Ersatz dieser Kosten verlangen? Konkursverwaltung und Aufsichtsbehörden sind zum Entscheid über seine solche Forderung nicht zuständig. Dagegen können die Konkursgläubiger den Aufsichtsbehörden durch Beschwerde gegen die Schlussrechnung (Art. 261 SchKG) die Frage unterbreiten, ob die Masse mit diesen Kosten belastet werden dürfe. Vertragliche Übernahme dieser Kosten durch den Dritteigentümer? Geschäftsführung ohne Auftrag für ihn? Begründung seiner Ersatzpflicht durch analoge Anwendung von Art. 262 Abs. 2 SchKG Haftung des Gläubigers, der gemäss Art. 260

## Seite: 46

SchKG Abtretung der Masseansprüche auf die indizierten Gegenstände verlangt? Abzug dieser Kosten vom Prozessergebnis (Art. 260 Abs. 2 SchKG)? Deckung dieser Kosten aus dem Konkurserlös (Art. 262 Abs. 2 SchKG)? Die Konkursverwaltung darf dem die Abtretung verlangenden Gläubiger unter Androhung sofortiger Herausgabe an den Drittsprecher eine Frist ansetzen, innert der er für die Kosten der weitem Verwahrung unbedingte Gutsprache sowie Sicherheit zu leisten hat. Revendication de biens dans la faillite (art. 242 LP). Frais de garde des biens ségrévés durant la période qui s'écoule entre la déclaration de la faillite et la restitution. La masse en faillite peut-elle se faire rembourser ces frais par le tiers propriétaire? L'administration de la faillite et les autorités de surveillance ne sont pas compétentes pour se prononcer sur la légitimité d'une telle prétention. En revanche les créanciers sont recevables à saisir les autorités de surveillance, par la voie d'une plainte contre le compte final (art. 261 LP), de la question de savoir si ces frais peuvent être mis à la charge de la masse. Le tiers propriétaire s'est-il engagé par un contrat à en assumer le payement? Y a-t-il eu gestion d'affaires pour 5011 compte? L'obligation de les payer peut-elle se justifier par application analogique de l'art. 262 al. 2 LP? Peut-on en rendre responsable le créancier qui, en vertu de l'art. 260 LP, a demandé la cession des droits de la masse sur les biens revendiqués? Peut-on déduire ces frais du produit de l'action (art. 260 al. 2 LP)? Peut-on les prélever sur le produit de la réalisation (art. 262 al. 2 LP)? L'administration de la faillite est en droit de sommer le créancier qui a demandé la cession de s'engager par une déclaration inconditionnelle et moyennant la fourniture de sûretés à garantir le remboursement des frais de garde ultérieurs, en le menaçant de restituer immédiatement les biens au tiers revendiquant, s'il ne s'exécute pas dans un certain délai. Rivendicazione di beni nel fallimento (art. 242 LEF). Spese per la conservazione dei beni separati durante il periodo tra la dichiarazione del fallimento e la restituzione. La massa può farsi rimborsare queste spese dal terzo proprietario? L'amministrazione del fallimento e le autorità di vigilanza non hanno veste per pronunciarsi su tale pretesa. I creditori hanno invece la facoltà di sottoporre all'autorità di vigilanza, con reclamo diretto contro il conto finale (art. 261 LEF), la questione se le spese menzionate possono essere messe a carico della massa. Il terzo proprietario si è obbligato per contratto ad assumerne il pagamento? Gestione di affari senza mandato nel di lui Interesse? Obbligo di pagare dette spese in applicazione analogica dell'art. 262 cp. 2 LEF? Può esserne reso responsabile il creditore che, in virtù dell'art. 260 LEF, ha chiesto la cessione delle pretese della massa sui beni rivendicati? Si può dedurre queste spese dal guadagno processuale (art. 260 cp. 2 LEF)? Si può prelevarle dal ricavo della realizzazione (art. 262 cp. 2 LEF)? L'amministrazione del fallimento ha il diritto di assegnare un termine al creditore, che ha chiesto la cessione, per dichiarare se è d'accordo di assumere le ulteriori spese di conservazione e

## Seite: 47

di fornire delle garanzie adeguate, con la comminatoria che in caso contrario i beni saranno restituiti immediatamente al terzo rivendicante.

A. - Ferdinand Schenk, Generalvertreter einer Automobilfabrik, machte in dem am 13. April 1948 ausgebrochenen Konkurs über den Zürcher Untervertreter J. Hubmann das Eigentum an 7 unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Automobilen und mehrere Forderungen geltend, die er schon vor der Konkurseröffnung eingeklagt hatte. Die zweite Gläubigerversammlung, die am 28. September 1948 stattfand, stimmte einem zwischen Schenk und dem Konkursamt als Konkursverwaltung zustandekommenen Vergleich zu, wonach das Eigentum Schenks an 4 Autos und ein Teil seiner

Forderungen anerkannt wurden. Die Ehefrau Hubmanns verlangte hierauf als Frauengutsgläubigerin die Abtretung der Rechtsansprüche der Masse auf die 4 Autos. Am 19. Oktober 1948 wies das Konkursamt dieses Begehren ab und teilte Schenk mit, es werde ihr die Autos aushändigen, sobald die Frist zur Beschwerde gegen die eben erwähnte Verfügung unbenützt abgelaufen sei; vor Freigabe der 4 Wagen habe er die Mietzinsen für Eingaragierung im Betrage von total Fr. 1083. 42 (13. April bis 31. Oktober 1948) zuzüglich eventuelle Mietzinsen vom 1. November 1948 an zu vergüten. Nachdem Frau Hubmann Beschwerde geführt hatte, nahm das Konkursamt in mehreren Schreiben an Schenk und am 31. Januar 1949 in einem Schreiben an Schenk und Frau Hubmann den Standpunkt ein: «Derjenige, der die Autos seinerzeit ausgehändigt erhält, hat uns sämtliche bisherigen und zukünftigen Kosten für die Einstellung, Umgaragierung etc. zu vergüten.» Die Beschwerde der Frau Hubmann wurde von der untern Aufsichtsbehörde am 31. Dezember 1948, von der kantonalen am 20. September 1949 abgewiesen. Daraufhin erklärte das Konkursamt in einem Schreiben an Schenk vom 6. Oktober 1949, es könne ihm die 4 Autos erst freigeben, wenn er «die Kosten für die diversen Eingaragierungen,

Seite: 48

Dislokationen, Gebühren für die Aufbewahrung von Batterien etc. seit Konkurseröffnung bis heute (ca. Fr. 3000.; genaue Aufstellung erfolgt. so bald als möglich) bar bezahlt habe. Mit Schreiben vom 13. Oktober 1949 hielt es daran fest, dass Schenk ihm diese Kosten zu bezahlen habe.

B. - Hierauf führte Schenk am 17. Oktober 1949 die vorliegende Beschwerde mit den Anträgen, das Konkursamt sei anzuweisen, (1) ihm die 4 Autos ohne Auferlegung von Einlagenlingspesen herauszugeben und (2) die für die Einlagerung dieser Autos seit der Konkurseröffnung entstandenen Auslagen als Massaverbindlichkeit zu behandeln.

Am 17. November 1949 vereinbarten das Konkursamt und Schenk, (1) das Konkursamt habe die 4 Wagen sofort an Schenk herauszugeben, und (2) Schenk habe die Bezirksgerichtskasse Zürich anzuweisen, den gemäss Bewilligung des Audienzrichters vom 14. November 1949 von ihm dort hinterlegten Betrag von Fr. 2751.- an das Konkursamt herauszugeben. Ziffer 3 der Vereinbarung lautet: «Es wird festgestellt, dass Herr Schenk durch die Herausgabe des in Ziff. 2 genannten Betrages nicht anerkennt, diesen Betrag der Konkursmasse zu schulden, und dass durch diese Herausgabe die Frage nicht präjudiziert wird, ob Herr Schenk die vom Konkursamt namens der Konkursmasse verlangten Kosten ... zu übernehmen habe oder ob diese nicht vielmehr als Massaverbindlichkeiten durch die Konkursmasse zu tragen sind. Die Rechte des Herrn Schenk sollen somit durch die genannte Herausgabe nicht geschmälert werden und er soll insbesondere berechtigt sein, den gemäss Ziff. 2 an das Konkursamt herauszugebenden Betrag auf dem Klagewege herauszuverlangen.» In Ziffer 4 verpflichtete sich das Konkursamt, das Konkursverfahren bis zur Erledigung des in Ziffer 3 erwähnten Anspruchs von Schenk nicht abzuschliessen, sofern die Klage innert 10 Tagen nach Vergleichsabschluss beim Friedensrichter und innert 10 Tagen nach der Sühnverhandlung beim Gericht eingereicht werde. Schenk leitete hierauf

Seite: 49

gegen die Konkursmasse Klage auf Herausgabe des Betrages von Fr. 2751.- ein. Das Bezirksgericht Zürich sistierte den Prozess bis nach Erledigung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

Mit Entscheid vom 10. Januar 1950 schrieb die untere Aufsichtsbehörde die Beschwerde hinsichtlich des Antrags 1 als gegenstandslos geworden ab und wies in Gutheissung des Antrags 2 das Konkursamt an, im Sinne der Erwägungen vorzugehen, wonach die Kosten der Verwahrung der 4 Autos von der Konkursmasse zu tragen sind.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hat den Rekurs des Konkursamtes gegen diesen Entscheid am 7. Juli 1950 abgewiesen.

C. - Mit seinem Rekurs an das Bundesgericht beantragt das Konkursamt wie im kantonalen Verfahren Abweisung der Beschwerde.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1.- Die streitigen Autos sind unbestrittenermassen von der Konkurseröffnung an bis zur Herausgabe an Schenk vom Konkursamt eingelagert worden. Die Lagerhalter haben für die Lagerkosten das Konkursamt in Anspruch genommen, das sie unzweifelhaft aus den Mitteln der Konkursmasse bezahlt hat. Indem das Konkursamt von Schenk die Vergütung der Lagerkosten verlangt, macht es also eine Forderung der Konkursmasse geltend. Über Bestand und Höhe von Forderungen der Masse haben wie über Bestand und Höhe von Masseschulden (vgl. BGE 75 III 23, 59) nicht die Konkursbehörden, sondern die Gerichte (oder allenfalls die für die Beurteilung von Forderungen der betreffenden Art zuständigen Verwaltungsbehörden) zu entscheiden. Nur die Beurteilung der Ansprüche, die das Konkursamt oder die Konkursverwaltung auf Grund des Gebührentarifs geltend macht, ist Sache der Aufsichtsbehörden (Art. 16 GebT). Ein solcher Anspruch steht

Seite: 50

hier nicht in Frage. Aus dem Gebührentarif ergibt sich nur, welche Gebühren und Entschädigungen Konkursamt und Konkursverwaltung aus dem Konkurslös oder (vgl. Art. 57) von einzelnen Gläubigern beziehen dürfen. Forderungen der Masse gegen Drittsprecher von zur Masse gezogenen Gegenständen auf Ersatz der Auslagen, die die Verwahrung dieser Gegenstände mit sich gebracht hat, lassen sich nicht auf den Gebührentarif stützen. Das Konkursamt Wiedikon war deshalb nicht befugt, Schenk die streitigen Lagerkosten durch eine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG aufzuerlegen. Es hat im Streit über diese Lagerkosten grundsätzlich nur die Stellung einer Partei oder vielmehr eines Parteivertreters. Seine Erklärung vom 6. Oktober 1949, mit der es Schenk erstmals in unbedingter Form die Zahlung der Lagerkosten zumutete und die Herausgabe der Autos von dieser Zahlung abhängig machte, lässt sich demnach nur als Bekanntgabe eines Parteistandpunktes aufrecht erhalten. Soweit diese Erklärung den Charakter einer behördlichen Verfügung hatte, war sie als eine ausserhalb des Bereiches der Amtsbefugnisse getroffene Massnahme nichtig (vgl. BGE 50 III 3 /4, 52 III 11 oben) und daher ohne Prüfung der Frage, ob die Beschwerde binnen 10 Tagen seit dem Zustellungstage geführt worden sei, von Amtes wegen aufzuheben.

Indem die kantonalen Instanzen den Beschwerdeantrag 2 guthiessen und feststellten, dass die Masse die Lagerkosten zu tragen habe, haben sie die Erklärung vom 6. Oktober 1949, soweit sie als Verfügung über den Ersatzanspruch der Masse gemeint war, implicite aufgehoben. Jedenfalls in diesem Umfang ist ihr Entscheid aus den angegebenen, von ihren Erwägungen abweichenden Gründen zu bestätigen, obwohl keine Erhebungen darüber gemacht wurden, ob Schenk das Schreiben vom 6. Oktober 1949 wirklich erst am 7. Oktober erhalten habe, wie er behauptet.

2.- Nach dem Gesagten haben die Parteien den Streit darüber, ob Schenk der Masse die Kosten der Verwahrung

Seite: 51

der ihm herausgegebenen Autos zu ersetzen habe oder nicht, im Anschluss an die Vereinbarung vom 17. November 1949 mit Recht vor den Richter getragen. Die kantonalen Beschwerdeinstanzen waren nicht zuständig, diesen Streit zu entscheiden. Ihre Feststellung, dass die Masse die Verwahrungskosten zu tragen habe, ist also für den Richter nicht verbindlich.

Mit dieser Feststellung hat die Vorinstanz aber immerhin nicht zu Rechtsfragen Stellung genommen, die die Aufsichtsbehörden in keinem Falle zu beurteilen haben. Vielmehr haben die Konkursgläubiger die Möglichkeit, durch Beschwerde gegen die Schlussrechnung (Art. 261 SchKG) die Belastung der Masse mit Kosten der in Frage stehenden Art zu beanstanden, indem sie geltend machen, dass die Konkursverwaltung versuchen sollte oder hätte versuchen sollen, von dritter Seite Ersatz dieser Kosten zu erlangen, oder dass es sich bei diesen Kosten von vornherein nicht um notwendige Auslagen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 GebT gehandelt habe. Eine solche Beschwerde liegt heute freilich noch nicht vor; doch scheint die Haltung des Konkursamtes durch Befürchtungen nach dieser Richtung mitbestimmt zu sein. Unter diesen Umständen lässt es sich rechtfertigen, dass die Aufsichtsbehörden über die Frage, wer die streitigen Verwahrungskosten zu tragen habe, im vorliegenden Verfahren zwar keinen Entscheid treffen, aber doch ihre Auffassung kundgeben. Dies darf umso eher geschehen, als kaum Zweifel darüber walten können, wie diese Frage zu beantworten ist.

3.- Es besteht keine Vorschrift, die ausdrücklich bestimmen wurde, dass der Aussonderungsberechtigte der Konkursmasse die Kosten der Verwahrung der zu seinen Gunsten auszusondernden bzw. ausgesonderten Gegenstände zu ersetzen habe. Eine solche Pflicht lässt sich aber im vorliegenden Falle auch nicht wohl aus allgemeinem oder für andere Tatbestände aufgestellten Vorschriften oder aus einer Parteivereinbarung herleiten.

a) Das Konkursamt wies in seiner Beschwerdeantwort

Seite: 52

darauf hin, dass Schenk am 9. März 1949 selber die Verbringung der 4 Autos in eine Garage in Dietikon verlangt habe. Es behauptet aber mit Recht nicht, dass Schenk ihm dadurch den Auftrag erteilt habe, die Wagen für seine Rechnung einzulagern. Wenn Schenk eine billigere Garage suchte und das Konkursamt einlud, die Wagen dort einzustellen, so tat er dies offenbar nur im Hinblick auf die Möglichkeit, dass er entgegen seinem Willen für die Verwahrungskosten haftbar erklärt werden könnte. - Für eine vertragliche Übernahme dieser Kosten, die nicht zu vermuten ist, bieten die vorliegenden Akten auch sonst keine genügenden Anhaltspunkte.

b) Hätte Schenk die streitigen Wagen, wenn sie nicht beschlagnahmt gewesen wären, auch seinerseits in fremden Garagen einstellen müssen, ohne sie nutzen zu können, so könnte es sich unter Umständen fragen, ob er der Masse die von ihr ausgelegten Verwahrungskosten unter dem Titel der Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen habe. Die erwähnten Voraussetzungen liegen aber allem Anschein nach nicht vor, sondern Schenk hätte die Autos wohl bei sich selber eingestellt und

so bald als möglich verkauft.

c) Zu Unrecht sucht das Konkursamt die Ersatzpflicht Schenks durch analoge Anwendung von Art. 262 Abs. 2 SchKG zu begründen, wonach die Kosten der Verwaltung und Verwertung von Pfandgegenständen aus dem Pfanderlös zu decken sind. Der Pfandgläubiger nimmt am Konkurse teil und kann nur dadurch zu seinem Gelde kommen, dass die Konkursverwaltung das Pfand verwertet und bis dahin unter Beschlag hält. Der Dritteigentümer dagegen hat an der Beschlagnahme der von ihm vindizierten Gegenstände keinerlei Interesse. Sie ist ihm nur schädlich. Er befindet sich also gegenüber der Beschlagnahme und den dadurch verursachten Kosten in einer ganz andern Stellung als der Pfandgläubiger. Zudem sagt Art. 262 Abs. 2 gar nicht, dass der Pfandgläubiger die darin erwähnten Kosten zu tragen habe, sondern nur, dass diese Kosten vom Pfanderlös abgezogen werden. Die Berufung auf diese Bestimmung ist also abwegig.

Seite: 53

d) Es kann keine Rede davon sein, dass der Gläubiger, der sich die Rechtsansprüche der Masse auf einen von dritter Seite vindizierten Gegenstand abtreten lässt, in jedem Falle ohne weiteres für die Kosten der Verwahrung dieses Gegenstandes während der Prozessdauer hafte. Es kann sich höchstens fragen, ob diese Kosten gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG im Falle seines Obsiegens vom Erlös aus der Verwertung des betreffenden Gegenstandes abzuziehen seien. Selbst wenn man aber annehmen wollte, dass der Abtretungsgläubiger bei jedem Ausgang des Prozesses für die Verwahrungskosten einzustehen habe, wie das die Auffassung des Konkursamtes zu sein scheint, so liesse sich daraus doch keineswegs ableiten, dass dann, wenn ein Abtretungsbegehren abgewiesen wird und der betreffende Gläubiger hiegegen erfolglos Beschwerde führt, der Drittsprecher der Konkursmasse die während dieser Auseinandersetzung entstehenden Verwahrungskosten zu ersetzen habe (von den schon vorher entstandenen Kosten, die das Konkursamt Schenk ebenfalls aufbürden möchte, ganz zu schweigen). Der Dritte, dessen Vindikation für begründet befunden wurde, und der durch die nicht von ihm verursachte Fortdauer der materiell ungerechtfertigten Beschlagnahme ohnehin schon über Gebühr geschädigt wird, ist am wenigsten berufen, diese Kosten zu tragen.

Es ist aber auch kaum möglich, für diese Kosten hinterher ohne weiteres den Gläubiger haftbar zu machen, der die Abtretung erfolglos verlangt hat. Anders verhielte es sich vielleicht, wenn sein Vorgehen geradezu als arglistig zu bezeichnen wäre. Ein solcher Vorwurf lässt sich jedoch gegenüber Frau Hubmann wohl nicht erheben.

Im vorliegenden Falle dürfte daher nichts anderes übrig bleiben, als dass die streitigen Verwahrungskosten wie die sonstigen aus der Durchführung des Konkurses entstandenen Kosten (Art. 262 Abs. 1 SchKG) zulasten der Gesamtheit der Gläubiger aus dem Konkurserlös gedeckt werden, es wäre denn, man wolle diese Kosten überhaupt nicht als notwendige Auslagen gelten lassen.

Seite: 54

4.- Indem das Konkursamt die Herausgabe der streitigen Autos bis nach Erledigung der Beschwerde der Frau Hubmann aufschob, hielt es sich an Art. 47 KV, wonach die Herausgabe des angesprochenen Gegenstandes an den Drittsprecher unterbleiben soll, bis feststeht, ob die 2. Gläubigerversammlung et was anderes beschliesst oder ob nicht einzelne Gläubiger nach Art. 260 SchKG Abtretung der Ansprüche der Masse auf den Gegenstand verlangen. Art. 51 KV lässt jedoch eine frühere Herausgabe zu, wenn das Eigentum des Drittsprechers von vornherein als bewiesen zu betrachten ist oder die sofortige Herausgabe im offenbaren Interesse der Masse liegt oder endlich vom Drittsprecher angemessene Kautionsleistung geleistet wird. Hienach hätte das Konkursamt die 4 Autos jedenfalls dann schon früher herausgeben können, wenn Schenk eine Kautionsleistung hätte. Das Konkursamt hätte aber, nachdem die 2. Gläubigerversammlung das Eigentum Schenks an diesen Autos anerkannt hatte, auch annehmen dürfen, die sofortige Herausgabe liege im Interesse der Masse. Angesichts des Wortlauts von Art. 51 KV, der das Interesse der Masse als massgebend erklärt, hätte die Abtretungsprätendentin Frau Hubmann auf die weitere Verwahrung der Autos nur dann Anspruch gehabt, wenn sie deren Kosten (soweit nicht aus dem von ihr erhofften Prozessgewinn beziehbar) bedingungslos übernommen und dafür Sicherheit geleistet hätte. Das Konkursamt hätte die Möglichkeit gehabt, ihr unter der Androhung sofortiger Herausgabe Frist zu solcher Gutsprache und Sicherheitsleistung anzusetzen. Hätte das Konkursamt die Autos gegen Kautionsleistung durch Schenk oder mangels Kostengutsprache und Sicherheitsleistung von Seiten der Frau Hubmann herausgegeben, oder wäre Frau Hubmann aufforderungsgemäss für die Kosten der weitem Verwahrung eingestanden, so hätte die Masse fortan keine Verwahrungskosten mehr zu tragen gehabt.

Es geht jedoch nicht an, die Kosten der weitem Verwahrung deswegen als nicht notwendige zu bezeichnen,

Seite: 55

was zur Folge hätte, dass das Konkursamt sie tragen müsste. Bei Befolgung von Art. 47 KV entstanden diese Kosten notwendigerweise. Ob von der Ausnahmegvorschrift des Art. 51 KV Gebrauch gemacht werden soll, muss weitgehend dem Ermessen der Konkursverwaltung anheimgestellt bleiben. Wenn das Konkursamt es seinerzeit für gut fand, die streitigen Autos vorderhand weiterhin unter Beschlag zu halten, machte es von seinem Ermessen nicht einen offensichtlich unrichtigen Gebrauch. Es konnte nicht wohl voraussehen, dass die Erledigung der Beschwerde von Frau Hubmann so lange auf sich warten lassen werde, wie es dann geschehen ist. Dadurch, dass es Schenk zur Kautionsleistung oder Frau Hubmann zur Leistung einer Kostengarantie eingeladen hätte, wäre es ihm übrigens wohl doch nicht gelungen, die Belastung der Masse mit weitem Verwahrungskosten zu verhindern. Nachdem Schenk die Leistung einer Kautionsleistung nicht von sich aus angeboten hatte, ist durchaus zweifelhaft, ob er auf einen dahingehenden Vorschlag des Konkursamtes eingegangen wäre, und Frau Hubmann hätte gegen eine Verfügung, mit der ihr das Konkursamt unter der Androhung sofortiger Herausgabe die Leistung einer Kostengarantie zugemutet hätte, wahrscheinlich so gut wie gegen die Abweisung ihres Abtretungsbegehrens eine Beschwerde geführt, bis zu deren Erledigung das Konkursamt die angedrohte Herausgabe hätte verschieben dürfen oder müssen.

Demnach erkennt die Schutdbetr.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird abgewiesen