

### 34. Entscheid vom 30. September 1938 i. S. Schwegler.

Verteilung im Konkurse (Art. 263 SchKG) :

Die Auszahlung des Betreffnisses für eine rechtskräftig kollozierte Forderung kann verweigert werden mit Berufung darauf, dass die Kollokation durch unerlaubte Handlung (betrügerische Angaben) erwirkt worden sei. Will der betreffende Gläubiger diese Einwendung nicht gelten lassen, so hat er die Masse gerichtlich auf Auszahlung zu belangen.

Distribution des deniers dans la faillite (art. 263 LP) :

Le versement des deniers afférents à une créance définitivement colloquée peut être refusée par le motif que la collocation a été obtenue au moyen d'un acte illicite (indications scientemement inexactes). Si le créancier intéressé ne veut pas s'incliner devant ce refus, il doit actionner la masse en justice.

Ripartizione nel fallimento (art. 263 LEF) :

Il versamento della parte concernente un credito ammesso definitivamente in graduatoria può essere rifiutato pel motivo che l'ammissione in graduatoria è stata ottenuta mediante un atto illecito (indicazioni scientemente inesatte). Se il creditore non vuol adagiarsi a tale rifiuto, deve convenire giudizialmente la massa.

In dem am 18. Januar 1938 über Ernst Kreis in Olten eröffneten Konkurse wurden Alois Schwegler und die Volksbank Hochdorf gemäss ihren Eingaben als Gläubiger grundpfandversicherter (Kapital- und) Zinsforderungen nebst Verzugszinsen rechtskräftig kolloziert. Als das Konkursamt in der Folge erfuhr, dass Schwegler seinerzeit weniger Zinse hatte ablösen müssen als er und die erwähnte Bank als Zessionarin dann eingaben, bezichtigte es Schwegler des Betruges und sperrte die Auszahlung der fälligen (durch den Liegenschaftserlös gedeckten) Zinse an ihn und die Bank, in der Meinung, dass (laut dem Bericht an die Aufsichtsbehörde) ein streitiger Differenzbetrag von Fr. 8255.25 vorläufig zurückzubehalten und je nach dem Ergebnis der Strafuntersuchung ganz oder teilweise von den auszurichtenden Konkursdividenden abzuziehen sei.

Swegler verlangt mit seiner Beschwerde Freigabe der Auszahlung an ihn wie auch an die Bank, und er hält nach

Abweisung durch Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde vom 1. September 1938 mit Rekurs an das Bundesgericht an diesem Begehren fest.

#### *Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :*

Auf eine rechtskräftige Kollokation kann nicht ohne weiteres zurückgekommen werden. Wurde sie indessen durch betrügerische Angaben, also auf unerlaubte Weise erwirkt, so erwachsen der Konkursmasse Schadenersatzansprüche, die sie selbständig einklagen oder auch mit den vom Schädiger an sie zu stellenden Forderungen (auf Konkursdividende) verrechnen kann. Freilich besteht der hierbei in Betracht fallende Schaden in der Regel nur in der Beanspruchung von Konkursvermögen und wird daher erst durch Auszahlungen auf die ungerechtfertigte Konkursforderung verwirklicht. Die Konkursmasse ist aber nicht verpflichtet, hiezu Hand zu bieten, um den Schaden erst einmal eintreten zu lassen. Sie kann vielmehr die Leistung mit Berufung auf die unerlaubte Handlung verweigern, um nicht aus ihrer Verfügungsgewalt zu geben, was der Empfänger ihr ja doch wieder erstatten müsste. Es lässt sich nicht einwenden, die Verweigerung der Leistung aus der Konkursmasse laufe auf eine nachträgliche Bestreitung der Forderung hinaus. Dem Anspruch auf Ersatz eines bereits erlittenen Schadens entspricht in diesem Falle die Verweigerung der Erfüllung der Leistung, die ihrerseits eben den ungerechtfertigten, vom Empfänger wieder gutzumachenden Schaden darstellen würde (vgl. Art. 60 Abs. 3 OR). Diese Einrede wurzelt gleich wie der Anspruch auf Ersatz eines eingetretenen Schadens in einem unerlaubten Handeln des Ansprechers, das der Konkursverwaltung bei Aufstellung des Kollokationsplanes noch nicht bekannt war und über dessen Folgen daher die Kollokation auch nicht Recht schaffen konnte.

Anerkennt der Ansprecher seine Verantwortlichkeit gegenüber der Masse, so verstösst es geradezu gegen Treu

und Glauben; auf der Auszahlung zu beharren, die ohne weiteres einen Rückforderungsanspruch der Masse entstehen liesse. Aber auch wenn der Ansprecher den von der Masse behaupteten Sachverhalt bestreitet, ist sie berechtigt, die Auszahlung im Umfange der von ihr geltend gemachten Rechte zurückzuhalten und es ihm zu überlassen, sie auf Erfüllung zu belangen. Das entspricht dem Grundsatz, dass auch eine bestrittene Gegenforderung zur Verrechnung benützt werden kann (Art. 120 Abs. 2 OR; vgl. BGE 54 III 20). Wäre bereits die Verteilungsliste aufgestellt, so müsste die Absicht der Konkursverwaltung, zunächst das Ergebnis des Strafprozesses abzuwarten, um sich dann erst über die allfällige Erhebung der Einrede schlüssig zu machen, allerdings Bedenken erwecken. Zum mindesten wäre der nicht unbedingt als auszahlbar anerkannte Betrag in der Verteilungsliste zu beziffern, und es fragt sich nur, ob dem Ansprecher auch im eigenen Interesse der Masse freigestellt werden könnte, mit der Klageerhebung bis auf weiteres ohne Verwirkungsfolge zuzuwarten. Hier aber ist gar nicht die Rede davon, dass schon alles Konkursvermögen verwertet und die Verteilungsliste aufgestellt sei. Das Konkursamt sah sich zu der angefochtenen Sperre anscheinend nur veranlasst, weil es wohl, einer verbreiteten Übung folgend, den Grundstückserlös zum voraus an die Pfandgläubiger zu verteilen pflegt. Trifft dies zu, so durfte in der Tat ein einzelner Ansprecher nicht einfach stillschweigend übergangen werden, sondern er durfte nur aus besondern Gründen allenfalls unberücksichtigt bleiben und war durch eine begründete Verfügung in die Lage zu setzen, seine Rechte zu wahren. Das ist hier mit der angefochtenen Sperre geschehen. Die Beschwerde ist angesichts der Verdachtsgründe, wie sie sich aus den vom Konkursamte durchgeführten Erhebungen ergeben, unbegründet. Ansprüche der Masse gegenüber Schwegler fallen nicht nur insoweit in Betracht, als er selbst unter betrügerischen Angaben eine zu hohe Forderung für sich eingegeben haben mag, sondern auch, wenn er durch

Abtretung nicht mehr bestehender Zinsforderungen die Volksbank Hochdorf zu einer unrichtigen Eingabe veranlasst haben sollte. Zur endgültigen Stellungnahme ist das Konkursamt jedenfalls vor Aufstellung der Verteilungsliste nicht verpflichtet.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :*

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

### 35. Entscheidung vom 8. Oktober 1938

#### i. S. Markwalder und Fundus Treininstitut.

Gewahrsam im Sinne der Art. 106 ff. SchKG setzt nicht voraus, dass sich die Gegenstände in der zur Zeit benutzten Wohnung befinden. Der Gewahrsam entfällt nicht, wenn die Sachen anderwärts in eigenen oder gemieteten Räumen untergebracht sind.

Die nicht getrennt vom Manne lebende Ehefrau hat Mitgewahrsam an allem, was ihr wie dem Manne oder der Familie überhaupt zu dienen hat und ihnen tatsächlich zur Verfügung steht, in der ehelichen Wohnung oder anderswo, gleichgültig auch, ob der Aufbewahrungsraum dem Mann allein gehört oder von ihm allein gemietet ist.

La possession au sens des art. 106 ss LP ne suppose pas que le débiteur ou le tiers habite au moment de la saisie la maison ou l'appartement où se trouvent les objets revendiqués. La possession ne prend pas fin du fait que les objets sont transportés ailleurs, dans des locaux appartenant au débiteur ou au tiers, ou loués par eux.

La femme mariée qui n'a pas une demeure séparée a la copossession de tout ce qui est destiné tant à son usage qu'à celui de son mari ou de la famille, et dont les époux ont en fait la disposition. Peu importe que les objets se trouvent au domicile conjugal ou dans d'autres locaux; il n'importe pas davantage que ces locaux (comme d'ailleurs la demeure commune) soient la propriété exclusive du mari ou soient pris à bail par lui seul.

Il possesso a' sensi degli art. 106 e seg LEF non presuppone che gli oggetti si trovino nell' abitazione occupata dal debitore allorchè si procede al pignoramento. Il possesso sussiste se