

# § 1 Materielles Insolvenzrecht: Konkursmasse

## 1.1. Themen des materiellen Konkursrechts

Das materielle Konkursrecht umfasst folgende Fragen:

- Welche Vermögenswerte des Schuldners gehören zur Konkursmasse?
- Welches sind die Wirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf die Forderungen der Gläubiger?
- Welches sind die Wirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf die Verträge des Schuldners?

Nachfolgend soll die erste Frage beantwortet werden.

## 1.2. Allgemeines zur Konkursmasse

### 1.2.1. Überblick über Inhalt und Schranken der Konkursmasse

Die Konkursmasse bilden grundsätzlich alle Vermögenswerte, die dem Schuldner (als dinglich Berechtigter, als Inhaber einer Forderung oder obligatorisch Berechtigter) im Zeitpunkt der Konkursöffnung zustehen und zwar unabhängig davon, wo sich die Vermögenswerte befinden (Art. 197 Abs. 1 SchKG). Inhalt und Schranken der Konkursmasse werden somit durch sachliche, zeitliche und örtliche Kriterien definiert und bestimmt.

#### **Sachliche Kriterien zur Bestimmung der Konkursmasse:**

Zur Konkursmasse gehören wie gesagt grundsätzlich **alle dem Schuldner zustehenden Vermögenswerte**. Nicht zur Konkursmasse gehören:

- Vermögenswerte, welche im Eigentum von Dritten stehen. Werden sie trotzdem in den Konkurs einbezogen, können sie ausgesondert werden.
- die Kompetenzstücke, falls der Schuldner eine natürliche Person ist;
- Pfandrechte und beschränkte dingliche Rechte: Diese Vermögensrechte können zwar nicht ausgesondert werden; sie müssen jedoch bei der Verwertung berücksichtigt werden. Man kann hier von einem – den Exekutionsrechten der Gläubiger vorgehendes - **materiellen Vorzugsrecht** im Gegensatz zu den **Aussonderungsrechten** sprechen;
- Ausnahmsweise Vermögenswerte, die wirtschaftlich einem Dritten zustehen (hierzu ...).

Vermögenswerte, die vor Konkursöffnung gepfändet oder mit Arrestbeschlagnahmt worden sind, fallen grundsätzlich in die Konkursmasse (SchKG 199).

#### **Zeitliches Kriterium zur Bestimmung der Konkursmasse:**

Zur Konkursmasse gehören grundsätzlich lediglich Vermögenswerte, welche dem Schuldner zum Zeitpunkt der Konkursöffnung zustehen. Eine Ausnahme gilt für während dem Konkurs „anfallende“ Vermögenswerte. Art. 197 Abs. 2 SchKG besagt: „*Vermögen das dem Schuldner zur Zeit der Konkursmasse anfällt, gehört gleichfalls zur Konkursmasse*“.

Wichtig ist sodann hervorzuheben, dass unter Umständen auch Vermögenswerte in die Zwangsvollstreckung einbezogen werden können, welche der Schuldner schon vor der Konkurseröffnung veräussert hat. Das Instrument hierfür ist die Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG.

### **Örtliches Kriterium zur Bestimmung der Konkursmasse:**

Art. 197 Abs. 1 besagt, dass sämtliche pfändbare Vermögenswerte zur Konkursmasse gehören und zwar „*gleichviel wo es sich befindet*“. D.h. in die Konkursmasse fallen grundsätzlich auch im Ausland sich befindenden Vermögenswerte. Aufgrund *des Territorialitätsprinzips der Zwangsvollstreckung* können diese Vermögenswerte jedoch faktisch nur in die Konkursmasse einbezogen und vertreten werden, wenn ein Staatsvertrag mit dem betreffenden ausländischen Staat oder das autonome (nationale) Recht dieses Staates dies zulässt.

Nachfolgend ist auf diese drei Kriterien näher einzugehen. Vorerst ist jedoch ein kurze Bemerkung zur Rechtsstellung der Konkursmasse notwendig.

### **1.2.2. Grundsatz der Einheit der Konkursmasse**

In Art. 197 SchKG ist nicht nur der Grundsatz der Universalität sondern auch der Einheit der Konkursmasse enthalten. Hier heisst es, dass sämtliche Vermögenswerte des Schuldners eine „*einzig* Masse“ bilden. Die Einheit der Konkursmasse wird dadurch Art. 52 SchKG garantiert, wonach „*der Konkurs ... in der Schweiz gegen den nämlichen Schuldner gleichzeitig nur an einem Ort eröffnet*“ werden kann.

### **1.2.3. Rechtsstellung der Konkursmasse**

Die Konkursmasse bildet ein *Sondervermögen*, welches hauptsächlich im SchKG und ergänzend im Privatrecht und in Nebenerlassen (IPRG etc.) geregelt ist. Sie hat jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit, bleibt doch der Schuldner weiterhin Eigentümer der einbezogenen Vermögenswerte. Er verliert lediglich die Verfügungsbefugnis. An seiner Stelle handelt nunmehr die Konkursverwaltung.

Auch wenn die Konkursmasse keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, kommt ihr jedoch in Prozessen betr. die Aktiven und Passiven der Konkursmasse nach Meinung des Bundesgerichtes die Parteifähigkeit zu (Urteil BGer vom 19.09.2000 (5C.29/2000) E. 1b; siehe hierzu auch BGE 110 III 99 ff.).

## **1.3. Sachliche Kriterien zur Bestimmung des Inhalts der Konkursmasse und Schranken der Konkursverwaltung**

### **1.3.1. Aussonderung von Eigentumsrechten Dritter**

Zur Konkursmasse gehören grundsätzlich lediglich die dem Schuldner gehörenden Vermögenswerte. Dritte können die in ihrem Eigentum stehenden Vermögenswerte und diesen zustehende Forderungsrecht aussondern.

Was dem Schuldner oder Dritten zusteht, kann strittig sein. Eine wichtige Streitfrage betrifft zum Beispiel diejenige, in wessen Eigentum eine geleaste Sache steht.<sup>1</sup>

## **1.3.2. Pfandrechte und Sicherungsrechte (materielle Vorzugsrechte)**

### **1.3.2.1. Allgemeines**

*Verpfändete Vermögenswerte* sind Vermögenswerte, die der Schuldner zur Sicherung einer Forderung einem Gläubiger gestützt auf einen (privatrechtlichen) Pfandvertrag verpfändet hat. Das Pfandrecht ist ein beschränktes dingliches Recht. Es beinhaltet das Recht, sich aus dem Erlös der Verwertung des Pfandes zu befriedigen, falls der Schuldner die gesicherte Forderung nicht begleicht bzw. nicht begleichen kann.

Verpfändete Vermögenswerte werden zwar zur Konkursmasse gezogen und auch durch die Konkursorgane verwertet. Selbstverständlich ist dabei jedoch das dingliche Vorzugsrecht des Pfandgläubigers zu berücksichtigen (SchKG 198). D.h.: Der Erlös ist in erster Linie dem Pfandgläubiger auszuhändigen. Lediglich, falls nach Deckung der Forderung des gesicherten Gläubigers noch etwas verbleibt, fällt dieser Rest in die Konkursmasse.

Die Pfandrechte haben in allen Konkursverfahren eine enorme Bedeutung. Die gesicherten Gläubiger „rahmen“ regelmässig einen wesentlichen Teil der Konkursmasse ab. Die am häufigsten anzutreffenden Pfandrechte sind:

- Grundpfandrechte;
- Faustpfandrecht an beweglichen Sachen: Ein Bank beansprucht regelmässig ein Pfandrecht für alle offenen Verbindlichkeiten an den von ihr verwahrten Vermögenswerten eines Bankkunden;
- Retentionsrecht des Vermieters bei Geschäftsmiete (Art. 268, 268a und 268b OR): Die im Entwurf des Bundesrates noch vorgesehen Aufhebung des Retentionsrechtes ist in der parlamentarischen Beratung wieder gestrichen worden. Es bleibt somit auch nach dem Inkrafttreten des revidierten Rechts bestehen.
- Globalzessionen (siehe hierzu sogleich der nachfolgende Text).

### **1.3.2.2. Problem der Globalzession als Sicherungsrecht**

Betreffend die Pfand- und Sicherungsrechte ist das Problem der Globalzessionen herauszugreifen:

Sie lässt sich wie folgt definieren: Zur Sicherung einer Forderung werden von Gesellschaften oder Einzelkaufleuten sämtliche bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten abgetreten. Nach allgemeiner Ansicht sind solche Globalzessionen weitgehend unbeschränkt zulässig und im Konkursfalle auch zu beachten. („Alle Forderung aus dem Betrieb des Geschäftes“ siehe etwa BGE 113 II 163 ff.).

Der Grundsatz lautet: Vor Konkurseröffnung entstandene Forderungen fallen unter eine (gültige) Globalzession. Später entstandene Forderungen stehen demgegenüber der Konkursmasse zu.

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu Urteil BGer vom 18. Dezember 2008 (4A\_404/2008) E. 4.1.2; BGE 119 II 236, E. 4 S. 238 f. = Pra 84 (1995) Nr. 102, S. 328; BGE 118 II 150, E. 6 S. 156 f.

7B.146/2002, 5. September 2002

*„2.1 Forderungen, die der Schuldner vor der Konkurseröffnung abgetreten hat und die vor der Konkurseröffnung entstanden sind, fallen grundsätzlich nicht in die Konkursmasse, weil der Schuldner als Zedent sowohl im Zeitpunkt der Abtretung wie auch in jenem der Entstehung die Verfügungsmacht über die betreffende Forderung noch besessen hat. Die vor Konkurseröffnung entstandene Forderung ist zufolge vorgängiger Abtretung in das Vermögen des Zessionars übergegangen (BGE 111 III 73 Nr. 18). Strittig ist die Frage, was mit Zahlungen geschieht, die der Schuldner dieser abgetretenen Forderung an die Konkursmasse des Zedenten statt an den Zessionar leistet, und in welchem Verfahren der Zessionar seine Ansprüche auf die entsprechenden Zahlungen geltend machen kann.*

*2.2 Der Zessionar kann Zahlungen, die ein Drittschuldner in Unkenntnis der vom Konkursiten vorgenommenen Zession an die Konkursmasse geleistet hat, von der Konkursverwaltung herausverlangen; die Zahlungen bereichern die Konkursmasse ungerechtfertigt und stellen eine Masseverbindlichkeit dar (BGE 70 III 81 S. 84; 108 II 118 E. 2 S. 121/122). Hält die Konkursverwaltung den Anspruch des Zessionars für unbegründet, so hat dieser den Prätendentenstreit vor den ordentlichen Gerichten einzuleiten (BGE 105 III 11 E. 2 S. 14); im Unterschied zu Aussonderungsansprüchen (Art. 242 Abs. 2 SchKG) ist die Konkursverwaltung nicht berechtigt, dem Zessionar eine Frist zur Anhebung der Klage anzusetzen mit der Folge der Anspruchsverwirkung bei Fristversäumnis (BGE 76 III 9 E. 1 S. 11; zuletzt: BGE 7B.123/2002 vom 7. August 2002).“*

Die Bestimmung des Zeitpunktes, wann eine Forderung entstanden ist, bereitet vor allem beim Werkvertrag und Kaufvertrag Schwierigkeiten:

*Werkvertrag:* Wird eine vor Konkurseröffnung begonnene Arbeit im Auftrag der Konkursmasse (oder allenfalls auch der Auffanggesellschaft) fertiggestellt, ist der Werklohn zu „splitten“. Es ist prozentual festzustellen, welche Aufwendungen vor und welche nach Konkurseröffnung gemacht worden sind. Der vereinbarte Werklohn ist alsdann im Verhältnis dieses Prozentsatzes aufzuteilen<sup>2</sup>.

*Kaufvertrag:* Wird ein Kaufvertrag im Sinne von SchKG 211 vom Konkursamt erfüllt, fällt die Kaufpreisforderung nicht unter die Globalzession (vgl. auch BGE 111 III 73). Es lässt sich sagen, dass die Kaufpreisforderung erst mit der Erfüllung des Vertrages durch die Konkursmasse zur Entstehung gelange.

Zum Problem der Gültigkeit von Vertragsklauseln, die dem Pfandgläubiger ein Selbstverwertungsrecht einräumen siehe BGE 108 III 91 und 116 III 26.

### 1.3.3. Kompetenzstücke

Wie sich aus SchKG 197 ergibt, gehören zur Konkursmasse lediglich die pfändbaren Vermögenswerte. Die nach SchKG 92 unpfändbaren Vermögenswerte sind demgegenüber ausgenommen.

Bei diesen Vermögenswerten handelt es sich um die **absolut unpfändbaren Vermögenswerte** des Gemeinschuldners. Diese unterliegen selbstverständlich auch in der Konkursbetreibung nicht der Zwangsvollstreckung. Zu beachten ist allerdings, dass SchKG 92 nur **natürliche Personen** anspricht. Juristische Personen können etwa nicht geltend

---

<sup>2</sup> KLARER, S. 357.

machen, dass bestimmte Geräte für den Betrieb eines Gewerbes unbedingt notwendig seien (SchKG 92 I Ziff. 3).

Selbstverständlich gehören auch die nach SchKG 93 beschränkt pfändbaren Vermögenswerte nicht zur Konkursmasse (z.B. als Kapital ausbezahlte Rente; bis zur Konkurseröffnung fälliger Lohn).

#### **1.3.4. Vermögenswerte, die wirtschaftlich einem Dritten zustehen**

##### **1.3.4.1. Allgemeines**

Ausnahmsweise sind auch Vermögenswerte aussonderbar, die rechtlich dem Schuldner, wirtschaftlich jedoch einem Dritten zustehen. Diese Ausnahmen sind in folgenden Bestimmungen enthalten:

##### **1.3.4.2. SchKG 201**

SchKG 201 lautet wie folgt: *"Wenn sich in den Händen des Gemeinschuldners ein Inhaberpapier oder Ordrepapier befindet, welches ihm bloss zur Einkassierung oder Abdeckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung übergeben oder indossiert worden ist, so kann derjenige, welcher das Papier übergeben oder indossiert hat, die Rückgabe desselben verlangen."* Der Gesetzgeber hat hier also für einen Sonderfall einer fiduziarischen Rechtsübertragung ausdrücklich eine Aussonderung vorgesehen.

##### **1.3.4.3. SchKG 202**

In der Betreuung auf Pfändung hat der ehemalige Eigentümer einer vom Schuldner eigenmächtig verkauften Sache nur einen Schadenersatz- oder Bereicherungsanspruch gegenüber dem Schuldner, den er, wie andere Forderungen, in Betreuung setzen muss. Nach SchKG 202 hat demgegenüber der ehemalige Eigentümer im Falle des Konkurses ein Aussonderungsrecht betreffend den Anspruch des Schuldners auf den Kaufpreis bzw. den vom Dritten bezahlten Kaufpreis. SchKG 202 lautet: *"Wenn der Gemeinschuldner eine fremde Sache verkauft hat und zur Zeit der Konkurseröffnung den Kaufpreis noch nicht erhalten hat, so kann der bisherige Eigentümer gegen Vergütung dessen, was der Gemeinschuldner darauf zu fordern hat, Abtretung der Forderung gegen den Käufer oder die Herausgabe des inzwischen von der Konkursverwaltung eingezogenen Kaufpreises verlangen."* Der Eigentümer ist damit davor bewahrt, für seine Forderung eine meist nur geringe Konkursdividende zu erhalten.

##### **1.3.4.4. Bankengesetz**

Gemäss Bankengesetz wird die Absonderung von Treuhandgut im Bankgeschäft in weitem Umfang zugelassen. Die entsprechenden Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

BankG 37d: Absonderung von Depotwerten

*„Depotwerte gemäss Artikel 16 werden nach den Artikeln 17 und 18 des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008 abgesondert. Im Falle eines Unterbestandes findet Artikel 19 des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008 Anwendung.“*

BankG 16:

*"Als Depotwerte im Sinne von Artikel 37d des Gesetzes gelten:*

*1. bewegliche Sachen und Effekten der Depotkunden;*

2. bewegliche Sachen, Effekten und Forderungen, welche die Bank für Rechnung der Depotkunden fiduziarisch innehat;
3. frei verfügbare Lieferansprüche der Bank gegenüber Dritten aus Kassageschäften, abgelaufenen Termingeschäften, Deckungsgeschäften oder Emissionen für Rechnung der Depotkunden."

Diese Bestimmungen sind zu begrüßen<sup>3</sup>. Damit werden sachenrechtlich fragwürdige Konstruktionen, wie der sogenannte "labile" Miteigentumsanteil bei der Sammelverwahrung von Wertpapieren, überflüssig<sup>4</sup>.

### 1.3.4.5. OR 401

OR 401 lässt lediglich die Aussonderung von beweglichen Sachen und Forderungen zu, die der Beauftragte in eigenem Namen für den Auftraggeber erworben hat. Das Aussonderungsrecht gilt jedoch nicht für Liegenschaften. Im Weiteren ist es nach dem Wortlaut von OR 401 für Vermögenswerte ausgeschlossen, die der Auftraggeber dem Beauftragten treuhänderisch zur Verwahrung und/oder Verwaltung übertragen hat. Die gegenteilige Auffassung in der Lehre<sup>5</sup> zum letztgenannten Punkt hat bisher vom Bundesgericht trotz beachtlicher Argumente kein Gehör gefunden (BGE 117 II 429ff.).

WATTER umschreibt diese unbefriedigende Situation in treffender Weise wie folgt: „Der Nichteinbezug des ursprünglich vom Treugeber übertragenen Treugutes in Art. 401 OR ist unpraktikabel und unsinnig, ist doch nicht einsehbar, weshalb Gut, das dem Treugeber noch gar nicht gehört hat (das Surrogat), besser geschützt sein soll, als Treugut, an dem er schon einmal Eigentum hatte.“<sup>6</sup>

## 1.3.5. Gepfändete und verarrestierte Vermögenswerte

### 1.3.5.1. Allgemeines

SchKG 199 handeln von den gepfändeten bzw. mit Arrest belegten Vermögenswerten. Was ist hierunter zu verstehen?

**Gepfändete Vermögenswerte** sind Vermögenswerte, die vor der Konkurseröffnung in der Betreibung auf Pfandverwertung zugunsten eines oder mehrerer Gläubiger gepfändet wurden. Wie kann es überhaupt dazu kommen, dass zunächst die Spezialexécution und später die Konkurseröffnung, d.h. die Generalexécution, durchgeführt werden?

Es sind zwei Konstellationen denkbar:

- Einzelne Tatbestände der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung kommen auch gegenüber Schuldnern, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, zur Anwendung (siehe SchKG

<sup>3</sup> Näheres hierzu bei BERTSCHINGER, Aussonderungsrecht, S. 426 ff. und ZOBL, FS Heini, S. 543 ff.

<sup>4</sup> Hierzu MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 15 N 13 f.

<sup>5</sup> Zur umfangreichen Diskussion Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9.Aufl. Bern 2013, § 40 Rz 29; WATTER, S. 221 ff. mit prägnanter Darstellung des Meinungsstandes in Lehre und Praxis. Nebenbei sei erwähnt, dass sich der Verfasser dieser Meinung schon in seinem 1977 erschienenen Lehrbuch angeschlossen hat: MEIER/BOSSHARD, Schuldbetreibungsrecht II, S. 43.

<sup>6</sup> WATTER, S. 223.

190,191). D.h. grundsätzlich sind diese Personen auf Pfändung zu betreiben. Auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners kann jedoch ein Pfändungsverfahren durch eine Konkursöffnung „überlagert“ werden.

- Nach SchKG 43 werden auch Schuldner, die im Handelsregister eingetragen sind, für öffentlichrechtliche Forderung auf Pfändung betrieben. Falls der Schuldner zugleich für eine privatrechtliche Forderung betrieben wird, kann die Pfändung ebenfalls von einer Konkursöffnung abgelöst werden.

**Verarrestierte Vermögenswerte** sind Vermögenswerte, die in einem Arrestverfahren verarrestiert worden sind (SchKG 271 ff.). Ein Arrest kann selbstverständlich auch gegen Personen, die im Handelsregister eingetragen sind, beantragt werden. Von Arresten werden zwar meist Personen betroffen, welche nicht in der Schweiz Sitz oder Wohnsitz haben (vgl. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG). Ein nicht seltener Arrestgrund ist jedoch auch das Vorliegen eines sog. definitiven Rechtsöffnungstitels (Urteil aus dem In- oder Ausland oder öffentlichrechtliche Verfügung). Die hieraus gestützten Arreste richten sich meist gegen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz und damit gegen Schuldner, über welche – falls sie im Handelsregister eingetragen sind – der Konkurs eröffnet werden kann.

### 1.3.5.2. Behandlung von gepfändete und verarrestierte Vermögenswerte

Zu diesen heisst es in SchKG 199: *"Gepfändete Vermögensstücke, deren Verwertung im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht stattgefunden hat, und Arrestgegenstände fallen in die Konkursmasse."*

Sind gepfändete Güter im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits verwertet worden, kommt der Erlös in erster Linie den Pfändungsgläubigern zugute. Nur ein Überschuss fällt in die Konkursmasse. Diese Ausnahme kommt bei verarrestierten Vermögenswerten nicht in Frage, da diese zunächst lediglich als provisorisch gepfändet gelten. Ist die sog. Prosequierung des Arrestes erfolgreich, wird der Zustand der Verarrestierung durch eine (definitive) Pfändung abgelöst. Damit kann auch eine vom Einbezug in den Konkurs bewahrende Verwertung erfolgen.

Eine Besonderheit gilt für gepfändete Geldbeträge bzw. Geldbeträge, die bei einer Lohnpfändung eingehen. Diese müssen nicht verwertet werden, wenn sie vom Drittschuldner (d.h. dem Arbeitgeber bei der Lohnforderung) an das Betreibungsamt bezahlt werden. Sie fallen nach SchKG 199 II nicht in die Konkursmasse, wenn die Anschlussfristen nach SchKG 110 und 111 bereits abgelaufen sind.

In SchKG 199 kommt eine wesentliche Eigenart des schweizerischen Konkursrechts zum Ausdruck! Im schweizerischen Recht begründen Pfändung und Verarrestierung von Vermögenswerten grundsätzlich keine Vorzugsrechte für die Gläubiger. **Andere Rechtsordnungen (z.B. Deutschland, USA) kennen demgegenüber das sogenannte Pfändungspfandrecht.** Es handelt sich um ein quasi dingliches Vorzugsrecht an den gepfändeten oder verarrestierten Vermögenswerten. Diese Gläubiger sind nach der Pfändung bzw. Verarrestierung wie Pfandgläubiger gesichert.

## 1.4. Örtliche Schranke der Konkursmasse

### 1.4.1. Grundsatz

Die Konkursmasse umfasst zwar grundsätzlich alle Vermögenswerte, unabhängig davon, wo sie sich befinden. In das Konkursinventar sind deshalb sowohl die im Inland, als auch die im Ausland liegenden Vermögenswerte aufzunehmen (Art. 27 Abs. 1 KOV).

Ein physischer Einbezug dieser Vermögenswerte in den Konkurs ist jedoch nur möglich, wenn sich die Vermögenswerte in der Schweiz befinden. Ein Einbezug von Vermögenswerten, welche im Ausland liegen, ist nur möglich, wenn ein Staatsvertrag oder das nationale Recht des betreffenden ausländischen Staates dies zulässt.

Damit sind Fragen des internationalen Konkursrechts angesprochen. Dieses hat sowohl zu beantworten, wann ein Vermögenswert in der Schweiz liegt, als auch ob und unter welchen Voraussetzungen ein im Ausland liegender Vermögenswert in einer schweizerischen Konkursmasse einbezogen werden kann.

### 1.4.2. Wann liegt ein Vermögenswert in der Schweiz?

Da diese Frage weder in einem Staatsvertrag noch im IPRG beantwortet wird, müssen die Regeln dem Richterrecht (Vgl. Art. 1 ZGB) entnommen werden.

Eindeutig zu beantworten ist, ob ein Grundstück oder eine körperliche bewegliche Sache sich in der Schweiz befinden. Massgebend ist der Lageort. Fraglich ist dies jedoch bei Forderungen und ebenso bei Wertpapieren und Wertrechten, die einer Bank zur Verwahrung übergeben werden.

#### **Forderungen:**

Zur Konkursmasse gehören auch Forderungen des Gemeinschuldners gegenüber Dritten. Wo kann eine Forderung lokalisiert werden?

Nach schweizerischer Vorstellung gelten Forderungen grundsätzlich **als am Wohnsitz / Sitz des Gläubigers**, d.h. des Konkurschuldners gelegen (BGE 107 III 149). Dieser hat den Wohnsitz regelmässig in der Schweiz.

Ausnahmsweise kann allerdings auch über eine Person mit Wohnsitz im Ausland der Konkurs eröffnet werden. Dies ist möglich bei Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung gestützt auf SchKG 190 (BGE 78 III 119). **Alsdann gelten die Forderungen als am Wohnsitz des Dritten**, d.h. des Schuldners des Konkurschuldners, gelegen. Damit ist die Zugehörigkeit der Forderungen zur Konkursmasse auch in diesen Fällen gesichert, falls dieser Dritte seinen Wohnsitz in der Schweiz hat.

Dieser "**Trick**" ist nebenbei gesagt auch bei der Verarrestierung von Vermögenswerten gegenüber einem Schuldner mit Wohnsitz im Ausland von grosser Bedeutung (vgl. SchKG 271 I Ziff. 4).

#### **Verwahrung von Wertpapieren und Wertrechten bei einer Bank:**

Ein besonderes Problem stellt auch die Lokalisierung von Vermögenswerten dar, die durch eine Bank verwahrt und verwaltet werden.

Diese Vermögenswerte können sehr vielgestaltig sein:

- Traditionelle Wertpapiere, die in einer Urkunde verbrieft sind; diese Papiere werden heute meist nicht mehr in der Bank verwahrt. Vielmehr befinden sie sich im Ausland, falls es sich um ausländische Titel handelt, die an einer ausländischen Börse zugelassen sind. Auch schweizerische Papiere liegen nebenbei gesagt nicht bei der aufbewahrenden Bank, sondern bei der SEGA (Schweizerische Effekten und Giro AG).
- Andere Wertrechte: Namenaktien mit aufgeschobenem Titeldruck; Buchforderung auf eine bestimmte Summe einer Währung; ausländische Wertschriften, für die keine Wertpapiere bestehen.

Bei all diesen Vermögenswerten stellt sich die Frage, wo diese als gelegen gelten. Das Bundesgericht hat bisher lediglich für körperliche Wertpapiere, die im Ausland aufbewahrt werden entschieden, dass diese als bei der Bank gelegen gelten, der diese Wertpapiere in der Schweiz übergeben worden sind (BGE 102 III 102 f. und 105 III 121).

Im Übrigen ist die Rechtslage unklar. Der Trend geht in die Richtung, dass sämtliche dieser Vermögenswerte als bei der schweizerischen Bank, die das Wertschriftendepot des Gemeinschuldners verwaltet, gelegen gelten<sup>7</sup>.

### **1.4.3. Einbezug von im Ausland gelegenen Vermögenswerten in einen schweizerischen Konkurs**

Zu dieser zentralen Frage des internationalen Konkursrechts sind hier lediglich folgende Grundsätze festzuhalten:

Der direkte Einbezug der Vermögenswerte aus dem Ausland durch die Konkursorgane ist nur möglich, wenn – wie schon gesagt – ein Staatsvertrag vorliegt oder das nationale internationale Konkursrechts des betreffenden Staates dies gestattet.

Staatsverträgen existieren in der Schweiz allein aus alter Zeit mit einzelnen Bundesländern von Deutschland. Es sind dies die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern (1834), Sachsen (1837) und der Krone Baden-Württemberg (1825/1826) mit mehreren schweizerischen Kantonen. Diese Staatsverträge gestatten auch heute noch, dass die schweizerischen Konkursorgane in den betreffenden heutigen Bundesländern gelegene Vermögenswerte zur Konkursmasse ziehen können.

Ausserhalb von Staatsverträgen bestimmt – wie gesagt - jeder Staat in seinem nationalen Recht, ob und inwiefern er ausländische Konkurs anerkennen und ausländische Konkursorganen gestatten will, auf seinem Territorium zu handeln. Während einzelne Länder (z.B. USA, Österreich) dies ohne weiteres gestatten, sind andere sehr restriktiv oder lehnen jede Anerkennung ab.

---

<sup>7</sup> KROLL, S. 244 ff.; D. STAHELIN, Internationale Zuständigkeit, S. 263 f.; KOCHER-WOLFENBERGER, S. 85 ff. und 224 ff.

Wie sich die Schweiz gegenüber ausländischen Konkursen verhält, ergibt sich aus Art. 166 ff. IPRG.

### 1.5. *Zeitliche Schranke*

Die Konkursmasse umfasst grundsätzlich allein die Vermögenswerte, die dem Schuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung zustehen (SchKG 197 I). Später hinzukommende Vermögenswerte werden allein einbezogen, soweit sie "*anfallen*" (SchKG 197 II). Hierzu gehören Erbschaften, Schenkungen, Losgewinne etc., nicht jedoch der Arbeitsverdienst des Gemeinschuldners. Der letztere bildet das Haftungssubstrat für nach der Konkurseröffnung angehobene Spezialexécutionen betreffend nach der Konkurseröffnung entstandene Verbindlichkeiten.

Dass die Konkursmasse lediglich bis zur Konkurseröffnung entstandenen Vermögenswerte umfasst und damit Lohnpfändungen, welche sich grundsätzlich auf den zukünftig verdienten Lohn beziehen, mit der Konkurseröffnung dahinfallen, ist denn auch einen der Gründe warum natürliche Personen selber die Eröffnung eines Konkurses beantragen (Art. 191 SchKG).

Der Grundsatz, dass die Konkursmasse die dem Schuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung zustehenden Ansprüche umfasst, wird auch wesentlich durch die Anfechtungsklage nach SchKG 285 ff. durchbrochen. Sie gestattet der Einbezug von Vermögenswerten, welche der Schuldner in doloser Weise vor der Konkurseröffnung veräussert hat (Hierzu sogleich unter ...).