

# GR\_GERICHTE SKA 2007 22 vom 29. Oktober 2007

GR Gerichte, 2007-10-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SKA\\_2007\\_22](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SKA_2007_22)

FR: GR\_GERICHTE SKA 2007 22 du 29 octobre 2007

IT: GR\_GERICHTE SKA 2007 22 del 29 ottobre 2007

## Regeste

Rechtsverweigerung/Rechtsverzögerung (Sicherheitsleistung für ordentliches Verfahren, Konkursinventar, Eigentumsansprache) | Leitentscheid, publiziert als PKG 2008 10|x3Cbr|x3E | Rechtsverzögerung/Rechtsverweigerung 17 Abs. 3 SchKG

## Erwägungen

### E. 2

An der beschlussfähigen 1. Gläubigerversammlung vom 22. Februar 2007 wurden folgende Beschlüsse gefasst: ■ Durchführung des Konkurses im summarischen Verfahren ■ Weiterführung des Konkurses durch die amtliche Konkursverwaltung (Konkursamt) und Verzicht auf die Einsetzung eines Gläubigerausschusses ■ Genehmigung des Antrages des Konkursamtes auf sofortige Verwertung der Aktiven ■ Aufnahme von laufenden EDV-Supportverträgen mit vorläufig Fr. 1.— ins Konkursinventar ■ freihändige Verwertung von 3 Firmenfahrzeugen und Annahme des höchsten der entsprechend eingegangenen schriftlichen Angebote ■ Entgegennahme der Kaufofferten der ES. und OM. für den Erwerb von selbst entwickelten Softwareprogrammen der Konkursitin und für die Übernahme von deren laufenden EDV-Supportverträgen mit Dritten sowie Verschiebung des Entscheids darüber bis zum Vorliegen des definitiven Konkursinventars

### E. 3

■ Eintreibung der Debitoren durch Mahnung, Betreibung, Rechtsöffnung, Vermittlungsverfahren, jedoch Verzicht auf Klageeinleitungen; stattdessen Offerte zur Abtretung an die Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG ■ Verschiebung der Behandlung der von ES. und OM. erhobenen Eigentumsansprachen betreffend selbst entwickelter Software der Konkursitin B. Gegen die Beschlüsse der Gläubigerversammlung erhoben die Gläubigerinnen ES. und OM. Beschwerde, welche die Aufsichtsbehörde mit Entscheidung vom 18. April 2007 (Verfahren Nr. SKA 07 3) im Wesentlichen wie folgt gut hiess: "1. Die Beschwerde wird teilweise dahin gutgeheissen, dass die Nichtigkeit von Ziffer 2 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidenten Imboden betreffend Konkurseröffnung vom 28. September 2006 sowie des Beschlusses der 1. Gläubigerversammlung vom 22. Februar 2007 betreffend Anordnung des summarischen Konkursverfahrens festgestellt wird. 2. Im Übrigen werden die angefochtenen Beschlüsse der 1. Gläubigerversammlung vom 22. Februar 2007 aufgehoben und das Konkursverfahren in den Stand nach der Konkurseröffnung zurückversetzt." C.1. In der Folge wiederholte das Konkursamt die Einvernahme der Organe der Schuldnerin und stellte ein neues Konkursinventar auf. Am 15. Mai 2007 stellte es ferner dem Konkursrichter Antrag auf Durchführung des Konkurses im summarischen Verfahren, welchen der Konkursrichter am 16. Mai 2007 guthiess. Am 21. Juni 2007 veranlasste das Amt die erneute Publikation der Konkurseröffnung. 2. Gemäss Publikation der Konkurseröffnung ist der Konkurs im summarischen Verfahren

durchzuführen, sofern nicht ein Gläubiger vor der Verteilung des Erlöses das ordentliche Verfahren verlangt und dafür einen Kostenvorschuss von Fr. 8'000.— leistet. In der Meinung, dadurch die Konkursöffnung abwenden zu können, hatten ES. und OM. am 03. Oktober 2006 beim Konkursrichter des Bezirks Imboden einen Betrag von Fr. 19'887.— zur Deckung der Überschuldung hinterlegt. Eine Rückzahlung des Depots konnte vorerst nicht erfolgen, weil die Hinterlegerinnen nicht auf entsprechende Demargen des Konkursrichters reagierten. Am 27. Juli 2007 beantragten ES. und OM. dem Konkursamt die Durchführung im ordentlichen Verfahren, mit dem Hinweis, der Kostenvorschuss von Fr. 8'000.— sei bereits an das Bezirksgericht erbracht worden. Mit Schreiben vom gleichen Tag wandten sie sich an den Konkursrichter und wiesen darauf hin, das Depot von Fr. 19'887.— sei als solches nicht mehr zweckmässig. Es sei ihnen entweder der ganze Betrag zurückzuzahlen oder nur Fr. 11'877.— und der Rest von Fr. 8'000.— der zuständi-

#### **E. 4**

Es sei festzustellen, dass das Konkursverfahren mit Wirkung seit spätestens 31. Juli 2007 im ordentlichen Verfahren durchzuführen sei.

##### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerinnen haben auf die 1. Konkurspublikation hin am 20. Februar 2007 einen Eigentumsanspruch wie folgt angemeldet: "Innert Frist wird Eigentumsansprache der ES. und/oder der OM. hiermit ein- gebracht. Dies folgt u.a. aus dem Urheberrecht für Eigentum im Zusammen- hang mit Vorrechten der nachfolge bestehender Eigner. Weitere Angaben werden nachgereicht. Zum Urheberrecht, u.a. Nennung für Hr. A.[wirtschaftlicher (Mit)Eigentümer der Konkursitin und Eigentümer/Geschäftsführer der Beschwerdeführerinnen] ist noch nicht entschieden. Da dies für die Masse eher unbedeutend ist, ist dies derzeit nicht besonders zu beachten." Der Kantonsgerichtsausschuss hat mit der mehrfach erwähnten Entschei- dung SKA 07 3 das Verfahren in den Stand nach Konkursöffnung zurückversetzt. Der Hauptgrund bestand darin, dass die 1. Gläubigerversammlung sachlich unzu- ständig ist, die Verfahrensart festzulegen. Die Aufsichtsbehörde hat in ihrer Kurzbe- gründung für das weitere Verfahren sodann festgehalten: "...Die erfolgte Eigen- tumsansprache der Beschwerdeführerinnen betreffend der Software "Oasis2000" ist im Konkursinventar ohne weiteres vorzumerken (Art. 34 KOV), und es ist darüber eine eindeutige Verfügung im Sinne von Art. 242 SchKG, Art. 45 ff. KOV zu treffen" (act. 03.1.C, Entscheid Kantonsgerichtsausschuss vom 18. April 2007, SKA 07 3 , S. 4 E. 5). Unter Berufung darauf machen die Beschwerdeführerinnen im hiesigen Beschwerdeverfahren Rechtsverweigerung geltend, weil es das Konkursamt auch im neuen Konkursinventar unterlassen habe, ihre Eigentumsansprache vom 20. Fe- bruar 2007 vorzumerken. Das Konkursamt stellt sich demgegenüber auf den forma- len Standpunkt, es sei dem Entscheid der Aufsichtsbehörde vollumfänglich nachge- kommen, denn mit der Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand nach Kon- kurseröffnung habe es das Verfahren neu einleiten müssen, womit alle bis dahin eingebrachten Offerten, Eigentumsansprachen, Anträge etc. hinfällig geworden und neu einzureichen gewesen seien. Die Beschwerdeführerinnen hätten nach der er- neuten Konkurspublikation vom 21. Juni 2007 weder einen Eigentumsanspruch an- gemeldet noch Beweise für diesen beigebracht.

##### **E. 4.2**

Sachen, welche als Eigentum dritter Personen bezeichnet oder von dritten Personen als ihr Eigentum beansprucht werden, sind unter Vormerkung dieses Umstandes gleichwohl im Konkursinventar aufzuzeichnen; sie sind in einer besonderen Abteilung des Inventars unter Angabe des Ansprechers, der Inventarnummer des angesprochenen Gegenstandes und der allfälligen Belege fortlaufend zusammenzustellen (Art. 225 SchKG, Art. 34 KOV). Die Konkursverwaltung trifft sodann eine Verfügung über die Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten beansprucht werden. Hält die Konkursverwaltung den Anspruch für unbegründet, so setzt sie dem Dritten eine Frist von 20 Tagen, innert der er beim Richter am Konkursort Klage einreichen kann. Hält er diese Frist nicht ein, so ist der Anspruch verwirkt (Art. 242 Abs. 1 und 2 SchKG, Art. 45 ff. KOV).

a. Die Vormerkung von Eigentumsansprüchen im Konkursinventar und die Einleitung des Vorverfahrens zur Aussonderung setzen zunächst einmal voraus, dass der Gemeinschuldner beziehungsweise die Masse ausschliesslichen Gewahrsam am betreffenden Vermögensstück hat. Gemäss Aktenlage hat der Geschäftsführer der Konkursitin am 1.1.1995/24.5.1996 die besagte Software - teilweise mit sich selbst kontrahierend - sich und seiner Ehefrau zur Sicherung von Darlehen über Fr. 512'526.— bis zum Zeitpunkt der vollständigen Rückzahlung der Darlehen abgetreten. Das ist im Konkursinventar entsprechend vermerkt und hat im Umfang von Fr. 391'624.50 zur Kollokation zweier Nachrangforderungen der Eheleute B. geführt (Konkursinventar, act. 03.1.I/J; Kollokationsplan, act. 03.1.L). Diese Zession sicherungshalber ist vergleichbar einem Pfandrecht. Daraus ergeben sich zwei Konsequenzen. Bei Konkurrenz einer Eigentumsansprache mit einem Pfandrecht ist vorab die Eigentumsfrage einer Klärung zuzuführen; eine Kollokationsverfügung über das Pfandrecht ist erst nach rechtskräftiger Erledigung der Eigentumsansprache zu treffen (Art. 53 KV; BGE 73 III 79 E. 2). Sodann ist festzustellen, dass ein Pfandrecht

## **E. 5**

3. Auf die Begründung der Beschwerdeanträge und die Konkursakten ist, soweit erforderlich, nachfolgend einzugehen. Der Kantonsgerichtsausschuss zieht in Erwägung :

1.a. Die Beschwerde enthält einen Antrag und eine Begründung. Unter diesem formalen Aspekt besteht kein Hindernis, ohne Vorbehalte darauf einzutreten. b. Fraglich ist hingegen, ob die Beschwerde in Bezug auf alle Rechtsbehörden und Rügen rechtzeitig ist. Die Beschwerde benennt weder im Rechtsbegehren noch in der Begründung ein Anfechtungsobjekt. Die Beschwerdeführerinnen stützen sich vielmehr ausdrücklich und ausschliesslich auf Art. 17 Abs. 3 SchKG, wonach wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung einer Vollstreckungsbehörde jederzeit Beschwerde geführt werden kann. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen hat das Konkursamt die aufsichtsbehördlichen Anordnungen gemäss Rückweisungsentscheid nicht beziehungsweise unangemessen ausgeführt. Der praktische Zweck der erfolgten Rückversetzung in einen früheren Verfahrensstand liege im Zurückkommen auf die Sache, was die Vorinstanz dazu hätte veranlassen müssen, eine neue und sorgfältigere Inventarisierung vorzunehmen. Soweit es die Beschwerdebegehren Ziffer 3 (Widerruf der Auflegung sowie neuerliche Auflegung von Konkursinventar und Kollokationsplan) und Ziffer 4 (Feststellung, dass das Konkursverfahren mit Wirkung per 31. Juli 2007 im ordentlichen Verfahren durchzuführen ist) betrifft, ist allenfalls davon auszugehen, dass in den entsprechenden abschlägigen Bescheiden des Konkursamtes vom 31. August 2007 und 05. September 2007 anfechtbare Verfügungen im Sinne von Art. 17 Abs. 1 SchKG vorliegen und mit der Beschwerde vom 12. September 2007 die 10-tägige Frist gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG in diesen beiden Fällen gewahrt ist. Die Frage, ob die Beschwerdefrist eingehalten ist,

beziehungsweise ob die Vorinstanz ohne Umschweife gehalten gewesen wäre, die an sie gerichteten Reklamationen der ES. und OM. vom 28. und 31. August 2007 der Aufsichtsbehörde als Beschwerde zu unterbreiten, kann offen bleiben, da beide Begehren und die ihnen zugrunde liegende Rügen von der Hand zu weisen sind (vgl. nachstehende Erwägungen 2, 3b und 5). Die Meinung der Beschwerdeführerinnen, es könne jederzeit wegen Rechtsverweigerung/Rechtverzögerung und Unangemessenheit Beschwerde geführt werden, ist insoweit irrig, als sich dies auf Unangemessenheit beziehen soll. Dies wi-

#### **E. 6**

derspricht bereits dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 3 SchKG. Unangemessenheit kann sich nur im Zusammenhang mit einem tatsächlich erlassenen Akt ergeben, nicht mit Untätigkeit. Soweit heute Unangemessenheit im Zusammenhang mit vom Konkursamt erlassenen Verfügungen gerügt wird, und dabei die 10-tägige Beschwerdefrist gegen diese Akte nicht eingehalten wurde, ist die Beschwerde verspätet. Dasselbe gilt vorbehaltlos auch dort, wo die im vorausgegangenen Verfahren SKA 07 3 angeordnete Rückversetzung des Verfahrens in einen früheren Verfahrensstand zwangsläufig die Wiederholung von konkursamtlichen Handlungen/Verfügungen zur Folge hatte und die hiesigen Rügen im Vergleich zum ersten Beschwerdeverfahren neu sind. Dass durch eine konkursamtliche Verfügung eine nicht erstreckbare Beschwerdefrist ausgelöst wird, gilt sodann grundsätzlich auch dort, wo die Aufsichtsbehörde im vorausgegangenen Beschwerdeverfahren SKA 07 3 durch Rückversetzung des Verfahrens in einen früheren Stand die Vorinstanz formell angewiesen hat, einen Akt zu wiederholen, die Vorinstanz dies getan hat, darin aber materiellen Anweisungen der Aufsichtsbehörde nur unzureichend Folge geleistet hat. Dannzumal ist dem Betroffenen zumutbar, auch gegen den neuen Akt fristgebunden zu handeln. Allenfalls liegt eine Rechtsverweigerung vor, wenn das Amt nach Rückweisung eine individuell-konkrete Anordnung ihrer Aufsichtsbehörde völlig unbeachtet lässt (vgl. nachfolgende Erwägung 4.1). 2. Die Rüge und das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerinnen, der Konkurs sei spätestens seit dem 31. Juli 2007 im ordentlichen Verfahren durchzuführen, sind zurückzuweisen. Von überspitztem Formalismus und Rechtsverzögerung kann nicht die Rede sein. Teilt der Konkursrichter die Ansicht des Konkursamtes, so wird der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt, sofern nicht ein Gläubiger vor der Verteilung des Erlöses das ordentliche Verfahren verlangt und für die voraussichtlich ungedeckten Kosten hinreichende Sicherheit leistet (Art. 231 Abs. 2 SchKG). Die richterliche Anordnung des summarischen Verfahrens und die 2. Publikation der Konkursöffnung und Spezialanzeige an die Beschwerdeführerinnen vom 20./21. Juni 2007, beide den Hinweis enthaltend, dass die Durchführung im summarischen Verfahren erfolgt, sind nicht angefochten worden, ebenso wenig die Höhe der vom Konkursamt festgelegten Sicherheitsleistung. Die Beschwerdeführerinnen haben dem Konkursamt am 27. Juli 2007 mitgeteilt, dass sie ein ordentliches Verfahren verlangen und der Kostenvorschuss (Sicherheitsleistung) von Fr. 8'000.— bereits dem Bezirksgericht erbracht worden sei. Gleichentags wandten sie sich an den Konkursrichter und wiesen darauf hin, dass anlässlich des Konkursöffnungsverfahrens zur

#### **E. 7**

Deckung der Überschuldung geleistete Depot von Fr. 19'887.— sei als solches nicht mehr zweckmässig. Es sei ihnen entweder der ganze Betrag zu erstatten oder nur Fr. 11'877.—

und der Rest von Fr. 8'000.— der zuständigen Stelle als Kostenvorschuss für die Durchführung des ordentlichen Konkursverfahrens anzuweisen. Angesichts des Publikationstextes kann nicht zweifelhaft sein, dass der Kostenvorschuss an das Konkursamt zu leisten war und die Beschwerdeführerinnen mitnichten im Unklaren darüber sein konnten, welches die "zuständige Stelle" war. Das Gesuch um Durchführung im ordentlichen Verfahren entfaltet seine Wirkungen ex nunc, wenn die entsprechenden Bedingungen (Gesuch und Sicherheitsleistung) gegeben sind. Der Übergang vom summarischen zum ordentlichen Konkursverfahren vollzieht sich folglich erst in dem Zeitpunkt, da der gesuchstellende Gläubiger den Kostenvorschuss effektiv geleistet hat (BGE 113 III 135, E. 4). Die Verantwortung für die Beschaffung der Sicherheitsleistung kann sodann nicht in dem von den Beschwerdeführerinnen gewünschten Sinne dem Konkursamt und/oder dem Konkursgericht zugeschoben werden. Es darf nicht Aufgabe des Konkursamtes sein, einer Geldsumme, welche 10 Monate zuvor bei einer anderen Behörde hinterlegt wurde, als Sicherheitsleistung für die Durchführung des ordentlichen Verfahrens nachzurennen beziehungsweise deren effektive Verfügbarkeit für diesen Zweck zu bewerkstelligen. Das ist ausschliessliche Obliegenheit des Gläubigers. Dies muss hier um so mehr gelten, als die Summe von Fr. 19'877.— unter anderem Titel und zu anderem Zweck beim Bezirksgericht hinterlegt worden war (Deckung der Überschuldung der Konkursitin). In diesem Licht ist eben unzutreffend, dass die Beschwerdeführerinnen die Sicherheitsleistung für die Durchführung des ordentlichen Konkursverfahrens bereits am 31. Juli 2007 geleistet haben sollen. Sie ist nach nicht zu zweifelnder Darstellung des Konkursamtes tatsächlich erst am 28. August 2007 bei ihm eingegangen, sodass der Konkurs erst ab diesem Zeitpunkt im ordentlichen Verfahren läuft. Ob die Sicherheitsleistung von den Beschwerdeführerinnen direkt an das Konkursamt bezahlt worden ist oder dem Konkursamt schliesslich doch als Anweisung über das Bezirksgericht zugekommen ist, ist nicht aktenkundig. Es spielt indessen keine Rolle. Massgebend ist allein der Eingang beim Konkursamt. Durch wen auch immer die Überweisung erfolgt ist, sie reist jedenfalls auf Gefahr des vorschussleistenden Gläubigers. 3. Nachdem die Aufsichtsbehörde mit der rechtskräftigen Entscheidung SKA 07 3 die Rückversetzung des Verfahrens in den Zustand nach Konkurseröffnung angeordnet hatte, befragte das Konkursamt die Konkursitin abermals, erstellte am 20. Juni 2007 ein neues Konkursinventar und publizierte dessen Auflegung zusammen mit dem Kollokationsplan beim Amt am 16./17. August 2007. Die Be-

## **E. 8**

schwerdeführerinnen erheben verschiedene Rügen zu diesem zweiten Konkursinventar: a. Sie bemängeln die Neuaufnahme beziehungsweise die Erhöhung einer Forderung der Konkursitin gegenüber der OM. von Fr. 145'000.— (1. Konkursinventar) auf Fr. 252'700.— (2. Konkursinventar). Der Kantonsgerichtsausschuss hat im Entscheid SKA 07 3 der Vorinstanz keine konkreten Anweisungen gegeben, dass und wie Ansprüche der Konkursitin ins Konkursinventar aufzunehmen oder nicht aufzunehmen sind, sondern nur "allenfalls" (act. 03.1.C), das heisst als Folge der Rückversetzung des Verfahrens in einen früheren Zustand und angesichts des Prinzips, dass das Konkursinventar jeweils den aktuellen Kenntnisstand über die Vermögenswerte der Konkursitin wiederzugeben hat. Insoweit ist die Rüge der Beschwerdeführerinnen mit Beschwerde vom 12. September 2007 offensichtlich verspätet. Sie hätte innert 10 Tagen seit der Auflegung des neuen Konkursinventars erfolgen müssen. Fristauslösendes Moment für die Beschwerde ist die öffentliche Auflegung (betreffend Kollokationsplan vgl. BGE 93 III 84 E. 1), wobei diese

Auflegung beim Konkursamt auch tatsächlich in dem Sinne erfolgt sein muss, dass das Publikum effektiv darin Einsicht nehmen konnte (Dieter Hierholzer, Basler Kommentar 1998, N 10 zu Art. 249 SchKG, mit Hinweisen), was indessen nicht bestritten ist. Die Beschwerdeführerinnen wurden ausserdem am 16. August 2007 über die Auflegung persönlich orientiert (act. 03.1.R). Die Publikation des Konkursinventars ist im kantonalen Amtsblatt am 16. August 2007 und im SHAB am 17. August 2007 erfolgt (act. 03.1.N). Letztere ist massgebend (Art. 35 Abs. 1 SchKG), weshalb die Beschwerdefrist am 27. August 2007 unbenutzt verstrich. Die Rüge wäre überdies auch materiell nicht haltbar, ergeben sich doch aus den Akten (act. 03.1.G) genügend Anhaltspunkte für die Aufnahme/Erhöhung des gerügten Anspruchs. Ob der Anspruch als solcher materiell berechtigt ist, entscheidet sich nicht hier. b. Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, eine Neuauflegung des Konkursinventars sei zwingend, weil das Konkursamt das Konkursinventar nach seiner Erstellung am 20. Juni 2007 handschriftlich abgeändert habe, was von den Beschwerdeführerinnen erst anlässlich ihrer Einsichtnahme in das Inventar vom 23. August 2006 festgestellt werden können.

## **E. 9**

Abgesehen davon, dass der Einwand ebenso verspätet ist (vgl. vorstehend E. 3.a), geht er materiell an der Sache vorbei. Die Berufung auf Art. 65/67 KOV geht fehl, weil sich diese Bestimmungen nur auf den Kollokationsplan (Feststellung der Passivmasse/Erwahrung der Konkursforderungen, Art. 55 ff. KOV) beziehen. Aufgelegt wurde das Konkursinventar, welches die handschriftliche Korrektur enthält, wie die Beschwerdeführerinnen selbst ausführen. Eine Abweichung zwischen dem, was gelten soll, und dem, was kommuniziert und zu jedermanns Einsicht aufgelegt wurde, besteht folglich nicht. Sodann erschöpft sich die beanstandete Korrektur in der blossen Berichtigung eines Rechnungsirrtums, indem der ursprüngliche Additionsfehler beim Total der Schätzungsbeträge der einzelnen Inventarpositionen richtig gestellt wurde. Diese Berichtigung hat im Übrigen glaubhaft am gleichen Tag der 2. Inventarerstellung vom 20. Juni 2007 stattgefunden (vgl. act. 03.1.K). Wesentlich ist, dass eine Schätzung der einzelnen Vermögensstücke erfolgt, was Art. 227 SchKG zu entnehmen ist. Selbst wenn die Gesamtschätzungssumme der aufgenommenen Ansprüche gänzlich fehlen würde, das heisst wenn gar keine Zusammenzählung der einzelnen Schätzungswerte stattgefunden hätte, wäre das Konkursinventar im Übrigen nicht derart mangelhaft, dass es neu aufgelegt werden müsste. Art. 25 Abs. 1 KOV schreibt zwar vor, dass am Schluss des Inventars die Schätzungssummen der einzelnen Kategorien zusammenzustellen sind. Es handelt sich aber um eine Ordnungsvorschrift. Die Vermutung, dass jeder halbwegs Interessierte selbst in der Lage ist, ein paar Zahlen zusammenzuzählen, scheint erlaubt. Unter diesem Aspekt kann das Schätzungstotal kaum als unverzichtbar notwendiger Bestandteil eines Konkursinventars gelten. c. Die Konkursitin ist Inhaberin von (bestrittenen) Rechten an selbst entwickelten Computerprogrammen. In Zusammenhang mit vergebenen Lizenzen hat sie offenbar auch entsprechende Supportverträge mit ihren Lizenznehmern abgeschlossen. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dazu fehlten Angaben im Konkursinventar, insbesondere sei nicht festgehalten, dass diese Supportverträge "ausgesondert" worden seien, da sich die Konkursverwaltung auf den Standpunkt gestellt habe, ohne die notwendigen Rechte an der Software seien die Supportverträge wertlos. Soweit sie überhaupt einen Sinn ergeben, laufen diese Rügen ins Leere, denn Software und laufende Supportverträge sind zum einen als Aktivposten ins Konkursinventar aufgenommen worden (act. 03.1.K) und zum anderen ist nicht nachvollziehbar, dass die Software und/oder die Supportverträge ausgesondert, das

heisst als Drittmannsgut aus der Aktivmasse ausgeschieden worden sein sollen.

#### **E. 10**

d. Die Beschwerdeführerinnen bemängeln weiter, das Konkursamt habe es pflichtwidrig unterlassen, ihre im Vorfeld der ersten Gläubigerversammlung am 20. Februar 2007 abgegebenen Offerten über Fr. 60'000.— und Fr. 180'000.— für die freihändige Übernahme der Software und der Supportverträge (act. 03.1.H) im neuen Konkursinventar zu berücksichtigen. Der Einwand geht an der Sache vorbei. Solche Offerten betreffen nicht die Feststellung der Aktivmasse durch das Konkursinventar sondern die Verwertung von Bestandteilen derselben, weshalb sie nicht ins Konkursinventar gehören. Über die Verwertungsart ist noch nicht entschieden e. Gemäss Darstellung des Konkursamtes wurde das in den Räumlichkeiten der Konkursitin vorgefundene Mobiliar und die Büroausstattung samt EDV-Geräten vom Geschäftsführer B. als sein persönliches Eigentum bezeichnet. Ausserdem soll es zufolge seines Alters wertlos gewesen sein, weshalb es nicht in das Konkursinventar aufgenommen worden sei. Die Beschwerdeführerinnen rügen, es hätte diese Mobilien unter Vormerknahme des Eigentumsanspruchs des Geschäftsführers ins Inventar aufgenommen werden müssen. aa. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass auf die Rüge zufolge verspäteter Geltendmachung nicht einzutreten ist. Zur Begründung kann auf das unter vorstehend Ziffer 3.a Ausgeführte verwiesen werden. bb. Der guten Ordnung halber ist das Konkursamt im Boden allerdings darauf hinzuweisen, dass seine Rechtsauffassung, Mobilien, die von einem Dritten "klar als sein Eigentum deklariert werden", seien generell nicht ins Konkursinventar aufzunehmen, unhaltbar ist. Die sinngemässe Meinung der Vorinstanz, die Inventarisierung sei abzulehnen, weil das Eigentum der Konkursitin an diesen Gegenständen nicht genügend manifest sei, ist im vorliegenden Zusammenhang des Konkursinventars irrelevant. Es wird übersehen, dass es auf das Eigentum gar nicht ankommt. Die Behauptung, es handle sich um Dritteigentum, ist von vorneherein ungeeignet, die Aufnahme ins Konkursinventar zu verhindern. Es gilt die einfache Regel, dass alles, was der Gemeinschuldner in seinem Gewahrsam hat, ins Konkursinventar gehört - unbesehen davon, ob es der Konkursitin selbst als Eigentum eines Dritten bezeichnet oder ein Dritter es direkt als sein Eigentum anspricht. Auch zweifelhafte Rechtsansprüche sind aufzunehmen. Sofort nach Empfang des Konkurserkennnisses schreitet das Konkursamt zur Aufnahme des Inventars über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen und trifft die zur Sicherung desselben erforderlichen Massnahmen (Art. 221 Abs. 1 SchKG). Das Konkursinventar entscheidet weder über die Zugehörigkeit eines Vermögensstücks zur Konkursmasse, noch

#### **E. 11**

bewirkt es den Konkursbeschluss. Sein Zweck besteht vielmehr darin, sich einen Überblick über die schuldnerischen Vermögensverhältnisse zu verschaffen und eine Grundlage für den richterlichen Entscheid über den Gang des weiteren Verfahrens (Einstellung mangels Aktiven, summarisches Verfahren, ordentliches Verfahren) zu verschaffen. Alles vermutlich dem Gemeinschuldner Zustehende ist aufzunehmen. Angesichts von Art. 930 ZGB, wonach vom Besitzer einer beweglichen Sache vermutet wird, dass er auch ihr Eigentümer sei, unterliegen der Inventarisierungspflicht insbesondere auch alle im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Gegenstände (BGE 90 III 18 E. 1). Gewahrsam ergibt sich aus der rein tatsächlichen Verfügungsgewalt (Art. 45 KOV; BISchK 1975, S. 85; Marc Russenberger, Basler Kommentar 1998, N 29 zu Art. 242 SchKG; Fritzsche/Walder,

Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. A. Zürich 1993, Bd. II, § 48 Rz 7 und Anm. 20). Unselbständiger Besitz oder Mitbesitz des Schuldners genügen (Lustenberger, a.a.O., N 18 zu Art. 221 SchKG; BGE 73 III 79). Vorliegend hatte die Konkursitin als Mieterin jener Räumlichkeiten, in denen sich die betreffenden Mobilien befanden, Besitz an dieser Ware. Es ist das ganze in der Schweiz und im Ausland (Art. 27 Abs. 1 KOV) liegende Vermögen aufzuzeichnen, genauer alle Vermögensgegenstände, die sich einerseits im Gewahrsam des Schuldners befinden, also nicht nur die (voraussichtlich) zur Konkursmasse gehörenden Werte - was eine materiell-rechtliche und vom Konkursamt nicht zu prüfende Frage ist - und andererseits diejenigen Vermögenswerte, die sich nicht im Gewahrsam des Schuldners befinden, von diesem aber als sein Eigentum beansprucht werden, sowie solche, die nach den Kenntnissen des Konkursamts möglicherweise dem Schuldner gehören. In das Inventar müssen also nicht nur alle dem Konkursbeschlagnahmestück unterliegenden Vermögensgegenstände aufgenommen werden, da im Zeitpunkt der Inventaraufnahme noch offen ist, welche Vermögensgegenstände zur Konkursmasse gehören und welche nicht (Lustenberger, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 221 SchKG; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A. Zürich 1997/1999, N 2 zu Art. 221 SchKG). Art. 225 SchKG macht klar, dass die Eigentumsfrage irrelevant ist: Sachen, welche als Eigentum dritter Personen bezeichnet oder von dritten Personen als ihr Eigentum beansprucht werden, sind unter Vormerkung dieses Umstandes gleichwohl im Inventar aufzuzeichnen. Die Bereinigung umstrittener Ansprüche und damit die für das weitere Verfahren massgebliche Feststellung der Aktivmasse geschieht erst im Aussonderungsbeziehungsweise Admassierungsverfahren nach Art. 242 SchKG, Art. 45 ff. KOV. Das Konkursinventar ist eine konkursinterne Massnahme, welche die Rechtsstellung des Dritten nicht berührt; er wahrt seine Rechte im Aussonderungsverfahren und hat denn auch gar keine Möglichkeit, Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG gegen die Aufnahme eines

#### **E. 12**

solchen Vermögensstücks ins Konkursinventar zu führen (Lustenberger, a.a.O., NN 24, 34 zu Art. 221 SchKG). Das Konkursamt hat die materiell-rechtliche Frage der Zugehörigkeit zur Konkursmasse nicht zu prüfen. Diese Auseinandersetzung findet vor dem Zivilrichter statt. Entgegen der scheinbaren Annahme des Konkursamts Imboden kann es die Vormerkung der Eigentumsansprache im Konkursinventar schliesslich auch nicht davon abhängig machen, dass der Drittsprecher bereits in diesem Stadium Beweise für seinen Anspruch vorlegt. Dies ist erst für die anschliessende konkursamtliche Prüfung des Aussonderungsanspruchs relevant.

#### **E. 13**

Der Hinweis des Konkursamts auf die unterbliebenen Beweise geht an der Sache vorbei, hat doch der Drittsprecher den von ihm behaupteten Eigentumsanspruch dem Konkursamt nicht glaubhaft zu machen oder gar zu beweisen. Solches ist nicht Voraussetzung für die vom Gesetz in Art. 225 SchKG vorgeschriebene Vormerkung im Konkursinventar. Die Vorinstanz verwechselt hier das Kollokationsverfahren mit dem Inventarisationsverfahren. Der weitere vorinstanzliche Standpunkt, dass die am 20. Februar 2007 eingebrachte Eigentumsansprache mit dem Entscheid der Aufsichtsbehörde vom 18. April 2007 restlos hinfällig geworden sei, liesse sich ohne besondere Mühe als überspitzten Formalismus qualifizieren. Er widerspricht im Resultat einer unmissverständlichen Anordnung der Aufsichtsbehörde. Daran ändert nichts, dass diese Anweisung

nicht im Dispositiv der genannten Entscheidung enthalten ist. Wenn als Quintessenz einer aufsichtrechtlichen Entscheidung die Zurückversetzung des Konkursverfahrens in den Stand nach der Konkurseröffnung angeordnet wird, sind die Gründe für diese Rechtsfolge allemal in den Erwägungen zu suchen, da im Dispositiv üblicherweise keine solchen genannt sind. Es ist deshalb klar, dass eine Rückweisung stets im Sinne der Erwägungen erfolgt und die untere Instanz diese zu berücksichtigen hat, will sie die gleichen Fehler nicht nochmals begehen. Im Übrigen ist festzustellen, dass die heutige These der Vorinstanz, mit der Rückversetzung in den Stand nach Konkurseröffnung seinen sämtliche früheren Anträge der Beteiligten hinfällig geworden, teilweise im Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten steht. In der Spezialanzeige hat sie nämlich darauf hingewiesen, dass sie denjenigen Gläubigern, welche ihre Forderungsanmeldung bereits nach der ersten Publikation beim Konkursamt eingereicht haben, lediglich zur Orientierung diene (act. 03.1.D). Wenn die Vorinstanz demgegenüber heute dem aufsichtsrechtlichen Entscheid vom 18. April 2007 in Bezug auf die bereits erfolgten Eigentumsansprachen eine gegenteilige Wirkung in dem Sinne zuschreiben will, dass diese als nicht erfolgt zu gelten haben, erscheint dies willkürlich. Des Weiteren verkennt die Vorinstanz, dass eine Eigentumsansprache nicht fristgebunden ist. Die Monatsfrist von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hat keinen peremptorischen Charakter (Ernst Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 766). Die Vorschrift von Art. 106 Abs. 2 SchKG in der Betreibung auf Pfändung, wonach Dritte ihre Ansprüche anmelden können, solange der Erlös aus der Verwertung des gepfändeten Gegenstandes noch nicht verteilt ist, gilt auch für Eigentumsansprachen in der Generalexekution (Brigit Hänzi, Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1979, S. 167), ist doch das Aussonderungsverfahren nichts anderes als ein Widerspruchsverfahren oder eine Unterart davon (Brun-

#### **E. 14**

ner/Reutter, Kollokations- und Widerspruchsverfahren nach SchKG, 2. A. Bern 2002, S. 76; Thomas Rohner, Das Widerspruchsverfahren gemäss SchKG, Diss. St. Gallen 2002, S. 9; vgl. auch Art. 50 KOV). Die vorerwähnten Fragen der formellen Rechtsverweigerung können jedoch offen bleiben. Denn in materieller Hinsicht ist der von der Aufsichtsbehörde in SKA 07 3 im Sinne einer Kurzbegründung erfolgte Hinweis betreffend Vormerkung der Eigentumsansprache im Konkursinventar und Klagefristansetzung zu relativieren, und es bleibt die einschlägige Rüge der Beschwerdeführerinnen im Ergebnis fruchtlos.

#### **E. 15**

an einem Immaterialgüterrecht dem Pfandgläubiger keine mit dem Besitz vergleichbare Herrschaft am Pfandobjekt verschafft (BGE 112 III 119 f. E. 3b). Das Sicherungsgeschäft war zudem besitzlos. Denn es ist nicht denkbar, dass die IG. AG im Anschluss an dieses Sicherungsgeschäft nicht mehr tatsächlich über den Programmcode, das heisst sowohl über den Quellcode (in Programmiersprache) als auch über Exemplare des maschinenlauffähigen Objektcodes (kompiliert, im Objekt-/Binärcode geschrieben) verfügen konnte, wäre ihr doch sonst praktisch ihre Geschäftsgrundlage seit über 10 Jahren entzogen gewesen. Folglich ist die Konkursmasse als Besitzerin und Inhaberin der tatsächlichen Verfügungsmacht über die umstrittene Software anzusehen. b. Objekt der Eigentumsansprache ist gegenständlich von der Gemeinschuldnerin entwickelte Software. Unter den übergeordneten Begriff der Software fällt als deren regelmässiger Hauptbestandteil ein Computerprogramm, welches rechtlich als Ergebnis einer geistigen

Schöpfung mit individuellem Charakter und damit als Werk im Sinne von Art. 2 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1) gilt. Technisch kann es umschrieben werden, als eine Befehlsabfolge, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig ist zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt (gemäss Mustervorschriften der WIPO, zitiert nach Neff/Arn, SIWR, II/2 Urheberrecht im EDV-Bereich, Urheberrechtlicher Schutz von Software, Basel 1998, S. 120). Ein Computerprogramm benötigt zwecks Veranschaulichung, praktischer Anwendung und Verbreitung wohl einen rechtlich als Sache zu qualifizierenden Körper (Medium/Datenträger), ansonsten ist dieses rechtlich geschützte Gut aber ein unkörperliches, rein geistiges Produkt. Damit ein Anspruch konkursrechtlich vormerkungs- und aussonderungsfähig im Sinne von Art. 225/242 SchKG ist, muss daran Eigentum im engeren zivilrechtlichen Sinne möglich sein. Der Gegenstand der Aussonderung muss sich als körperliche Sache darstellen (Antoine Favre, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Fribourg 1956, S. 292). Das Aussondungsverfahren findet nur mit Bezug auf körperliche Sachen statt, niemals aber hinsichtlich Forderungen und Rechten (Hänzi, a.a.O., S. 167, unter Hinweis auf Ernst Blumenstein, a.a.O., S. 764). Während die Art. 106 und 109 SchKG bezüglich der Betreuung auf Pfändung das Eigentum und das Pfandrecht eines Dritten ins Auge fassen, verfügt die Konkursverwaltung nach dem unmissverständlichen Text von Art. 242 Abs. 1 SchKG über die Herausgabe

#### **E. 16**

von Sachen, welche von einem Dritten als Eigentum angesprochen werden. Der Anspruch, für dessen Geltendmachung durch Klage die Konkursverwaltung nach Art. 242 Abs. 2 SchKG dem Dritten Frist anzusetzen hat, bezieht sich somit ausschliesslich auf das Eigentum (Art. 641 Abs. 2 ZGB und Art. 45 KOV; BGE 114 III 23 E. 2), und somit auf das absolute, umfassende, dingliche Recht an Sachen wie Grundstücken, Fahrnis und Wertpapieren. Für eine konkursrechtliche Aussonderung in Frage kommen sodann gewisse Ansprüche, welchen kraft Gesetzes ausdrücklich die Aussonderungsfähigkeit im Konkurs zuerkannt wird, obwohl sie keine Sachen sind (vgl. Art. 201-203 SchKG, Art. 401 Abs. 3 und 1053 OR, Art. 35 KAG [Kollektivfallengesetz, SR 951.31]; Art. 16, 37d BankG [Bankengesetz, SR 952.0]/Art. 18 BKV [Bankenkonkursverordnung, SR 952.812.32]; Art. 13 LVG [Landesversorgungsgesetz, SR 531]). Eine entsprechende Vorschrift kennt das URG nicht. Sind Urheberrechte keine Sachen, können sie, von einem Aspekt abgesehen (vgl. nachstehend dd.), somit nicht Gegenstand der Aussonderung bilden (a.A. Brunner/Reutter, a.a.O., S. 129, unter Hinweis auf BGE 81 III 124 (Recht auf den Titel einer Zeitung) und die wirtschaftliche Bedeutung der Immaterialgüterrechte, wobei die Aussonderungsfähigkeit allenfalls auf Immaterialgüterrechte zu beschränken sei, die in einem Register eingetragen sind [was bei Software nicht der Fall ist]; ebenfalls die Ausdehnung des Widerspruchsverfahrens auf "geistiges Eigentum" befürwortend: Beat Denzler, der Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens, Diss. Zürich 1986, S. 99, jedoch ohne einlässliche Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur der aus den Immaterialgütern fließenden Befugnisse und vor Inkrafttreten des neuen URG). Unter dem Titel "Rechtsübergang, Zwangsvollstreckung" bestimmt das URG in Art. 18, dass die in Art. 10 Abs. 2 (Herstellung, Anbietung, Veräusserung, Verbreitung von Werkexemplaren wie Druckerzeugnisse, Ton-, Tonbild- oder Datenträger; Vortragung, Aufführung, und sonstige Wahrnehmbarmachung des Werks; Sendung/Weitersendung über Radio,

Fernesehen, andere Sendeunternehmen) und Abs. 3 (ausschliessliches Recht zur Vermietung von Computerprogrammen) genannten Verwendungsrechte sowie die in Art. 11 definierten Bestimmungsrechte über die Werkintegrität (Werkänderung, Verwendung zwecks Schaffung eines Werks zweiter Hand, Aufnahme in Sammelwerk) der Zwangsvollstreckung unterliegen, soweit der Urheber oder die Urheberin sie bereits ausgeübt hat und das Werk mit der Zustimmung des Urhebers oder der Urheberin bereits veröffentlicht worden ist. Diese Norm schränkt den Rechtsübergang zufolge Zwangsvollstreckung ein, indem andere als die aus Art. 10/11 URG fließenden Befugnisse des Urhebers irrelevant sind; die Urheberrechte, die in Art. 18 URG nicht erwähnt sind, sind a priori

#### **E. 17**

nicht vollstreckbar (Art. 92 Abs. 4 SchKG; von Büren/Meer, SIWR II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Rechtsübergang und Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. Basel 2006, S. 252/Fn 108, mit Hinweis auf Neff/Arn, a.a.O., S. 287; Jacques de Werra, Stämpfli Handkommentar, URG, N 6 zu Art. 18 URG). Das gilt auch für Computerprogramme (de Werra, a.a.O., N 7 zu Art. 18 URG). In der Zwangsvollstreckung kann deshalb an der Vormerknahme im Konkursinventar und an der Aussonderung von Urheberbefugnissen, die ausserhalb von Art. 10 Abs. 2 und 3/Art. 11 URG stehen, von vorneherein kein Rechtsschutzinteresse bestehen. Nach der Aktenlage wurde das betroffene Computerprogramm und seine Weiterentwicklungen durch Lizenzen (rein obligationenrechtlicher Benutzungsvertrag, ohne Urheberrechtsübertragung) mehrfach begeben, das heisst veröffentlicht und verbreitet, sodass es grundsätzlich als dem Rechtsübergang zufolge Zwangsvollstreckung unterliegendes Werk im Sinne des URG zu gelten hat (Mark A. Reutter, Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, S. 338 f.). Gemäss Rehbindler (Kommentar URG 2001, N1 zu Art. 18 URG) ist bei Vollstreckungshandlungen in das Urheberrecht darauf zu achten, dass das urheberpersönlichkeitsrechtliche Veröffentlichungsrecht nicht verletzt wird. Das stellt Art. 18 URG sicher, indem diese Bestimmung den Zugriff der Vollstreckungsbehörden auf die vorwiegend vermögensrechtlich geprägten Nutzungsbefugnisse beschränkt. Eine Zwangsvollstreckung in Urheberrechte kommt jedoch in der Praxis nicht vor, nur die Vollstreckung in Geldforderungen aus Urheberrechtsverträgen (Tantiemeforderungen) oder die Vollstreckung in Werkexemplare (z.B. Bilder). Die Frage, ob in das Urheberrecht als Immaterialgut als solches zwangsvollstreckt werden kann, ist hier nicht zu erörtern. Für die davon zu unterscheidende Frage, ob es aussonderbar ist, ist andererseits massgeblich, dass das Urheberrecht per se, respektive das Phänomen/Ergebnis der geistigen Schöpfung, das es schützt, jedenfalls keine Sache ist. Das Recht an Software/Computerprogrammen im Sinne eines Werks gemäss Art. 2 URG ist zwar ein absolutes, gegenüber jedermann wirkendes und insofern einem dinglichen Recht vergleichbares Recht. Indessen treten der Inbegriff des Urheberrechts und die sich daraus ergebenden spezifischen Verwendungs- und Bestimmungsbefugnisse nicht oder zumindest nicht notwendigerweise in einer körperlichen Sache im Sinne von Art. 225/242 SchKG zu Tage. Insofern ist daran auch kein Eigentum im zivilrechtlichen Sinne möglich. Das hat für die hiesigen Belange der Inventarisierung/Aussonderung die folgenden Konsequenzen: aa. Weil sie keine Sache ist, ist an der geistigen Schöpfung als solcher weder Vormerknahme eines Drittanpruchs im Konkursinventar möglich, noch ist sie aussonderbar.

#### **E. 18**

bb. Wie die Beschwerdeführerinnen im Grunde selbst einsehen, ist das Urheberpersönlichkeitsrecht, namentlich der Anspruch auf Anerkennung der Urheberschaft und dabei insbesondere jener auf Nennung als Urheber(in) im Zusammenhang mit der Bestimmung der der Generalexekution unterliegenden Aktivmasse "eher unbedeutend". Das ist dahin zu präzisieren, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht im Licht von Art. 18 URG a priori keine Rolle spielen kann. Das Recht als Urheber genannt zu werden und die weiteren aus dem Urheberrecht fließenden höchstpersönlichen Rechte haben kaum geldwerten Charakter. Solche aus dem Urheberrecht fließenden Persönlichkeitsrechte sind wohl in der Zwangsvollstreckung gegenüber dem Urheber zu wahren, können aber nicht ihren eigentlichen Gegenstand (Verwertungssubstrat) bilden. Weil sie allenfalls verzichtbar aber nicht übertragbar sind, sind sie analog den Persönlichkeitsrechten von einer Zwangsvollstreckung ausgeschlossen (vgl. auch Roland von Büren, SIWR I/1 Grundlagen, Der Übergang von Immaterialgüterrechten, Basel 1995, S. 208; von Büren/Meer, a.a.O., S. 252; Neff/Arn, a.a.O., S. 37, 206, 287). Der Urheber kann auch nicht über Art. 18 URG hinausgehend, aus seinem Persönlichkeitsrecht ein Veto gegen die Verwertung und den Rechtsübergang auf einen Erwerber einlegen (Reutter, Urhebervertragsrecht, a.a.O., S. 337, 342, 447; Rehbinder, a.a.O., N 1 zu Art. 18 URG). cc. Vorliegend kommen als aus dem umstrittenen Urheberrecht fließende, vermögensrechtlich geprägte Nutzungsbefugnisse vor allem jene der Vermietung des Computerprogramms mittels Lizenzen (Art. 10 Abs. 3 URG) und hergestellte Werkexemplare (Art. 10 Abs. 2 lit. a/b URG), das heisst die Datenträger, auf welchen das Programm in digitalisiertem Maschinencode gespeichert ist (Diskette, CD, DVD, Bänder, Harddisk, Arbeitsspeicher etc.), in Frage. Dass bezüglich der strittigen Software daneben auch noch andere kommerzielle Verwendungsbefugnisse tatsächlich ausgeübt worden sind, oder das Urheberrecht als solches übertragende Verträge abgeschlossen worden sind, ist weder behauptet, noch aus den Akten bekannt. Nutzungsrechte an Urheberrechten, respektive die daraus gezogenen geldwerten Leistungen wie beispielsweise Lizenzgebühren sind zwangsvollstreckungsrechtlich nicht als Sache sondern als Forderung zu qualifizieren (Reutter, Urhebervertragsrecht, a.a.O., S. 340 f., mit Hinweis auf BGE 122 III 145/148), weshalb die Vormerknahme einer Dritteigentumsansprache und Aussonderung gemäss Art. 225/242 SchKG von vorneherein nicht in Frage kommen, da sich die genannten Normen nur auf körperliche Sachen und Eigentum beziehen. Die aus dem Urheberrecht fließenden, der Zwangsvollstreckung unterliegenden Nutzungsbefugnisse

#### **E. 19**

stellen kein Eigentum dar und weder das SchKG noch das URG stellt sie für die Belange der Zwangsvollstreckung dem Eigentum gleich. Macht ein Dritter, wie hier die Beschwerdeführerinnen, geltend, eine nicht in einem Wertpapier verkörperte Forderung stehe nicht dem Gemeinschuldner, sondern ihm zu, kommt das Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG nicht zu Anwendung (vgl. die Bestätigung der Rechtsprechung in BGE 128 III 388=Prä 91 (2002) Nr. 196, mit Hinweisen). Insoweit die Lizenznehmer die Lizenz- und allenfalls auch Supportgebühren, auf welche die Beschwerdeführerinnen kraft der von ihnen behaupteten Urheberstellung Anspruch erheben, bereits an die Konkursitin bezahlt haben, wäre die Sache im Kollokationsverfahren auszutragen, was voraussetzen würde, dass die Beschwerdeführerinnen eine entsprechende Forderung angemeldet haben. Das ist jedoch nicht ersichtlich. Das wäre indessen auch erstaunlich, um nicht zu sagen widersprüchlich, haben sie doch der Konkursmasse für den freihändigen Erwerb der aus der

Software und den Supportverträgen fliessenden Rechte ein Kaufangebot über Fr. 240'000.— unterbreitet, was nicht nachvollziehbar wäre, wenn sie ohnehin, aus welchem Titel auch immer, Anspruch darauf hätten. Die Auseinandersetzung zwischen der Masse und den Beschwerdeführerinnen als Drittsprecherinnen auf jene Lizenzgebühren, welche die Lizenznehmer der umstrittenen Software der Konkursitin/Masse schulden, aber noch nicht bezahlt haben, wäre auf dem Weg des gewöhnlichen Prätendentenprozesses auszutragen. Wenn streitig ist, wem eine Forderung zusteht, kann die Konkursmasse nicht Verfügungsmässig vorgehen. Es ist Sache des Richters, zu entscheiden, wer von mehreren Prätendenten Gläubiger der Forderung ist. Die Konkursmasse muss allerdings nur dann gegen den Drittsprecher klagen, wenn ihr an der gerichtlichen Feststellung ihres Gläubigerrechts liegt. Ist nichts gegeben, was Gegenstand eines Aussonderungsanspruchs bilden könnte, kann die Konkursverwaltung dem Drittsprecher auch keine Klagefrist nach Art. 46 KOV setzen. Zahlt der Drittschuldner (hier die Lizenznehmer) mangels Notifikation an die Konkursmasse, so bleibt dem Drittsprecher (hier die Beschwerdeführerinnen) nur der Weg der Klage gegen die Masse offen, wenn er der Meinung sein sollte, die Konkursverwaltung habe durch Entgegennahme der Zahlung seine Rechte verletzt (vgl. die Beispiele bei Brügger, SchKG-Gerichtspraxis 1946-2005, Zürich 2006, N 7 ff. zu Art. 242 SchKG). dd. Als zwangsvollstreckungsrechtlich verwertbares Substrat kommen schliesslich die so genannten Werkexemplare in Frage, wobei das ihnen zugrunde liegende Urheberrecht als solches nicht dazu gehört (vgl. Art. 16 Abs. 3 URG; de Werra, a.a.O., N 25 zu Art. 18 URG). Gegenständlich wären dies vor allem die produzierten Datenträger, welche das ausführungs- und lauffähige Programm (Objekt-

## **E. 20**

code) enthalten und jene, die den Quellcode enthalten. Sie stellen darüber hinaus körperliche Sachen im zivilrechtlichen Sinne dar und wären daher aus Sicht der Beschwerdeführerinnen einer Eigentumsansprache und Aussonderung grundsätzlich zugänglich (vgl. dazu Reutter, Urhebervertragsrecht, a.a.O., S. 345-347), dies allerdings nur soweit sie sich (noch) im tatsächlichen Gewahrsam der Masse befinden. Dem Konkursinventar kann ein entsprechender Aktivposten indessen nicht entnommen werden und die Beschwerdeführerinnen machen auch in der hiesigen Beschwerde weder ausdrücklich noch sinngemäss geltend, das Konkursinventar hätte entsprechend ergänzt werden müssen. Wie bereits mehrfach dargelegt, wären sie mit einer entsprechenden Rüge aber auch verspätet. 5. Insoweit sich das Rechtsbegehren um Neuauflage gemäss Ziff. 3 der Beschwerde eventualiter auch auf den Kollokationsplan bezieht, ist es verfehlt. Es werden zum einen keine substantiellen Rügen zum Kollokationsplan vorgebracht und zum anderen ist gemäss Aktenlage manifest, dass innert der Beschwerdefrist keine nachträgliche Abänderung des Kollokationsplans oder einzelner darin getroffener Verfügungen erfolgt ist (Art. 57, 65, 67 KOV). Die aufsichtsrechtliche Beschwerde vom 12. September 2007 gegen den am 16./17. August 2007 aufgelegten Kollokationsplan wäre im Übrigen ebenfalls verspätet. 6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in allen Teilen abzuweisen ist. Die Beschwerdeführerinnen verlangen eine Entscheidung unter "o-/e-Kostenfolge" (ordentliche ("ordinaria") und ausserordentliche ("extraordinaria") Kosten). Das Konkursamt beantragt, die Beschwerdeführerinnen mit den Verfahrenskosten und einer Entschädigungszahlung zu belasten. Derartige Folgen gibt es nicht. Vorbehältlich mutwilliger und trölerischer Beschwerdeführung dürfen im Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden nach Art. 17 ff. SchKG gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift weder Kosten erhoben noch Verfahrensent-

schädigungen zugesprochen werden (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG in Verbindung mit Art. 26 der kantonalen Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, GVV zum SchKG).

**E. 21**

Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.