

# **BGer 5A\_178/2023 vom 6. Februar 2024**

Bundesgericht, 2024-02-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_178\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_178_2023)

FR: TF 5A\_178/2023 du 6 février 2024

IT: TF 5A\_178/2023 del 6 febbraio 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegen den angefochtenen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, welche über den Zuschlag in der öffentlichen Versteigerung im Konkursverfahren entschieden hat, ist die Beschwerde in Zivilsachen gegeben ( Art. 19 SchKG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. c und Art. 75 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Die im kantonalen Verfahren unterlegenen Beschwerdeführer sind in ihren schutzwürdigen Interessen berührt und zur Beschwerde berechtigt ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ).

### **E. 1.3**

Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 I 377 E. 1.2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 III 364 E. 2.4).

### **E. 1.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur soweit zulässig, als erst der vorinstanzliche Entscheid dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 148 V 174 E. 2.2).

## **E. 2**

Das Obergericht hat (unter Hinweis auf Lehre und Praxis) ausgeführt, dass der von den Grundpfandgläubigern verlangte Doppelaufruf nach Art. 142 SchKG und Art. 56 VZG "gestaffelt" durchzuführen sei, wenn mehrere Dienstbarkeiten auf dem zu verwertenden Grundstück lasten.

Mit Hinweis auf das Steigerungsprotokoll vom 8. Dezember 2022 hat das Obergericht festgehalten, dass das Baurecht SDR-Münsingen 1 Nr. xxx zuerst mit den drei Lasten A, B und C ausgerufen worden sei (Aufruf Nr. 1). Der provisorische Zuschlag an die E. \_\_\_\_\_ AG (für Fr. 2'760'000.--) habe jedoch den Gesamtbetrag der grundpfandgesicherten Forderungen (Fr. 6'326'006.52) nicht gedeckt. Da der Fehlbetrag von den Dienstbarkeitsberechtigten nicht sofort ausgeglichen worden sei, hätten die Aufrufe Nrn. 2-5 gestaffelt ohne Lasten durchgeführt werden müssen, ohne dass es indes zu Geboten gekommen sei. Erst der Aufruf Nr. 6 ohne die drei Lasten (A, B und C) hätten zum Gebot von Fr. 5'000'000.-- und den entsprechendem Zuschlag geführt.

Das Obergericht verwarf den Einwand der Beschwerdeführer, dass das Konkursamt nach dem (letzten) Aufruf Nr. 6 - ohne Lasten A, B und C - eine Gelegenheit zur Ausgleichszahlung hätte geben müssen. Die Nichtüberbindung und Löschung (auch) der Last B seien korrekte Folgen des letzten Zuschlags.

### **E. 3**

Anlass zur Beschwerde gibt der Zuschlag in der öffentlichen Versteigerung eines Grundstücks (Baurecht) mit gestaffelten Doppelaufruf betreffend die Lasten. Während die kantonale Aufsichtsbehörde die Durchführung des Doppelaufrufs anlässlich der konkursamtlichen Steigerung als rechtskonform erachtet hat, machen die Beschwerdeführer eine Verletzung der Regeln über den Zuschlag geltend.

#### **E. 3.1**

Es steht ausser Frage, dass das (als Grundstück im Grundbuch eingetragene) Baurecht der Konkursitin nach den Bestimmungen von Art. 256 ff. SchKG zu verwerten ist.

##### **E. 3.1.1**

Die Versteigerung wird öffentlich bekannt gemacht und bei der Grundstücksverwertung sind die Steigerungsbedingungen beim Konkursamt zur Einsicht aufzulegen ( Art. 257 SchKG ). Der Verwertungsgegenstand wird nach dreimaligen Aufruf dem Meistbietenden zugeschlagen ( Art. 258 Abs. 1 SchKG ), wobei bei der Grundstücksverwertung die Regeln des Doppelaufrufs gelten (Art. 258 Abs. 2 i.V.m. Art. 142 Abs. 1 und 2 SchKG ). Die Versteigerungsverfügung der Konkursbehörden kann durch Beschwerde gegen den Zuschlag angefochten werden (Art. 259 i.V.m. Art. 132a SchKG ).

##### **E. 3.1.2**

Ein Doppelaufruf nach Art. 142 SchKG ist für den Fall vorgesehen, dass ein Grundstück ohne Zustimmung des vorgehenden Grundpfandgläubigers mit einer Dienstbarkeit oder Grundlast belastet ist. Damit wird der Vorschrift von Art. 812 Abs. 2 ZGB Rechnung getragen, der bestimmt, dass das Grundpfandrecht einer später ohne Zustimmung der Pfandgläubiger auf das Grundstück gelegten Dienstbarkeit oder Grundlast vorgehe, und dass die spätere Belastung zu löschen sei, sobald bei der Pfandverwertung ihr Bestand den vorgehenden Pfandgläubiger schädigt ( BGE 81 III 61 E. 1).

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführer kritisieren zunächst den "Umfang des versteigerten Objekts". Es sei nicht klar gewesen, dass mit dem Aufruf Nr. 6 das Unterbaurecht "eliminiert" werde. Die Steigerungsbedingungen hätten Auskunft (durch Schätzung oder Beschreibung) über den Wert des Unterbaurechts geben müssen, welches bei Aufruf ohne Lasten und Erzielung eines höheren Gebotes im Grundbuch gelöscht werde.

##### **E. 3.2.1**

Die Steigerungsbedingungen, nach denen die Versteigerung im Konkurs durchgeführt wird, werden vom Konkursamt aufgestellt (Art. 259 i.V.m. Art. 134 SchKG ) und können mittels Beschwerde nach Art. 17 SchKG angefochten werden (BÜRGI, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 259). Wer indes Gelegenheit gehabt hätte, sich innert Frist gegen die Steigerungsbedingungen nach Art. 17 SchKG zu beschweren, kann nachher die aufgrund der in Rechtskraft erwachsenen Bedingungen abgehaltene Steigerung nicht mehr anfechten (JAEGER/WALDER/KULL, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und

Konkurs, 5. Aufl. 2006, N. 23 zu Art. 134). Das Gleiche gilt, wenn dem aus einer Last Berechtigten über den Doppelaufruf in den Steigerungsbedingungen Kenntnis gegeben worden ist ( BGE 54 III 96 E. 4; 70 III 9 E. 1 [S. 12]).

### **E. 3.2.2**

Vorliegend ist unstrittig, dass verschiedene Grundpfandgläubiger den Doppelaufruf gemäss Art. 142 SchKG i.V.m. Art. 56 VZG verlangt hatten, weil das Grundstück ohne ihre Zustimmung mit Dienstbarkeiten belastet wurde und sie im Rang vorgehen. Weiter steht fest, dass die Beschwerdeführer als Dienstbarkeitsberechtigte am 7. November 2022 unter Beilage der Steigerungsbedingungen über die Versteigerung, den verlangten Doppelaufruf und die Auflage der Steigerungsbedingungen (vom 9. bis 18. November 2022) vom Konkursamt in Kenntnis gesetzt wurden.

### **E. 3.2.3**

Die Steigerungsbedingungen sind unstrittig rechtskräftig. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer wird in Ziff. 25 der Steigerungsbedingungen sowohl der Anlass zum Doppelaufruf, dessen Gegenstand und das Vorgehen zum gestaffelten Doppelaufruf dargelegt. Weiter wird das Recht der Dienstbarkeitsberechtigten zum sofortigen Ausgleich erläutert, falls das Höchstangebot die Gesamtforderung der Grundpfandgläubiger nicht erreicht. Ebenso wird auf die Rechtsfolge für den Fall, dass Lasten mit dem Zuschlag nicht überbunden werden (Löschung im Grundbuch), hingewiesen. Wenn die Vorinstanz festgehalten hat, in den Steigerungsbedingungen sei der Doppelaufruf und die genaue Reihenfolge der Versteigerung (Aufrufe) sowie der Untergang der Last B (Unterbaurecht der Beschwerdeführer) im Fall der Versteigerung ohne Last ausgeführt worden, und zum Ergebnis gelangt ist, das Vorgehen gemäss Steigerungsbedingungen sei verbindlich, ist dies nicht zu beanstanden. Weiter ist daher unbehelflich, wenn die Beschwerdeführer die Angabe der konkursamtlichen Schätzung (Fr. 8'450'000.--) und die Beschreibung des zu verwertenden Grundstückes in den Steigerungsbedingungen kritisieren. Soweit sich die Beschwerdeführer gegen die Regelung des Doppelaufrufs wenden, wie er nach den rechtskräftigen Steigerungsbedingungen durchzuführen ist, kann auf ihre Vorbringen in der Beschwerde gegen die Versteigerung vom 8. Dezember 2022 nicht eingetreten werden.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführer halten unter dem Titel "Doppelaufruf" fest, dass die Steigerungsbedingungen zwar "unbestreitbar rechtskräftig, richtig und plausibel" seien, jedoch an der Versteigerung nicht angewendet bzw. eingehalten worden seien. Die Angabe zu einer Differenzzahlung zur Rettung der Last B sei nicht bekannt gegeben worden, weshalb (von Seiten der Beschwerdeführer) auch nichts (als Differenzzahlung) geboten werden konnte. Nach keinem der Aufrufe habe auch nur ein Dienstbarkeitsberechtigter die Möglichkeit erhalten, die Dienstbarkeit durch Differenzzahlung zu retten.

#### **E. 3.3.1**

Gemäss Art. 56 VZG wird der Doppelaufruf - Aufruf sowohl mit Last ("Erstaufruf") als auch ohne Last ("Zweitaufruf") - wie folgt durchgeführt (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 28 Rz 56 f.). Zuerst wird das Grundstück

mit der Last ausgerufen (Erstaufruf; vgl. Art. 56 lit. a VZG ). Bietet das Höchstangebot Deckung auch für die Forderung des vorgehenden Pfandgläubigers, oder wird der allfällige

Fehlbetrag vom Dienstbarkeits- oder Lastenberechtigten sofort bar bezahlt, so erübrigt sich ein Aufruf

ohne Last (Zweitaufruf; vgl. Art. 56 lit. b VZG ). Wird beim Zweitaufruf für das Grundstück ein höheres Angebot erzielt, so wird es ohne die Last zugeschlagen und die Last wird gelöscht (vgl. Art. 56 lit. b VZG ). Ergibt der Aufruf ohne Last keinen höheren Erlös, geht das Grundstück an den Meistbietenden im Aufruf mit Last (vgl. Art. 56 lit. c VZG ).

### **E. 3.3.2**

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführern die Unterscheidung zwischen Aufruf ohne Last (Erstaufwurf) und Aufruf mit Last (Zweitaufwurf) in Art. 56 VZG erläutert. Sie hat diese Regeln auf die konkreten Steigerungsbedingungen bezogen und auf die Folge der Löschung im Grundbuch bei Zuschlag ohne Last hingewiesen. Sie hat erklärt, dass - entsprechend Art. 56 VZG - nur beim Aufruf mit Last ein allfälliger Fehlbetrag zur Deckung der Forderung der Grundpfandgläubiger ausgeglichen werden könne; nach dem Aufruf ohne Last könne der Berechtigte den Erhalt seines Rechts durch keinerlei Zahlung bewirken, da der Ersteigerer ja ohne die Last geboten habe.

### **E. 3.3.3**

Zu Recht bestätigen die Beschwerdeführer zunächst selber, dass die allfällige Differenzzahlung nach dem ersten Aufruf

mit Last (Ausgleich des Fehlbetrages zwischen Angebot und Forderungen der Grundpfandgläubiger) die Gleichstellung mit einem Angebot bedeutet, welche die Forderung der Grundpfandgläubiger deckt. Aus diesem Grund erfolgt - wie beim genügenden (deckenden) Angebot - der Zuschlag mit Überbindung der Last (MOOSER, *Les servitudes dans l'exécution forcée*, not@lex 2016, S. 82, Rz. 51, 52, mit Hinweisen), und es hat kein zweiter Aufruf stattzufinden ( BGE 81 III 61 E. 1; JAEGER/WALDER/KULL, a.a.O., N. 12 zu Art. 142). Nichts anderes ist der Sinn, wie er aus den Steigerungsbedingungen (in Ziff. 25) hervorgeht: Danach können die Lastenberechtigten "im Anschluss nach jedem Aufruf" den erwähnten Fehlbetrag (zur "Deckung der Gesamtforderung der Grundpfandgläubiger... sofort") ausgleichen, um den Zuschlag mit Last zu erwirken ("... der Zuschlag erfolgt in diesem Fall mit der/den entsprechenden Dienstbarkeiten"). Der Schluss der Vorinstanz, dass sich aus den Steigerungsbedingungen klar ableiten lasse, dass im Fall des Aufrufs ohne Last eine Dienstbarkeit untergehe ("Lasten, die mit dem Zuschlag nicht überbunden werden, gehen unter und werden im Grundbuch gelöscht"), ist insoweit nicht zu beanstanden.

### **E. 3.3.4**

Gestützt auf das Protokoll der Steigerung vom 8. Dezember 2022 hat die Vorinstanz verbindlich festgestellt, dass nach dem ersten Aufruf der Fehlbetrag zwischen Angebot (Fr. 2'760'000.--) und Betrag der grundpfandgesicherten Forderungen (Fr. 6'326'006.25) trotz Aufforderung nicht bezahlt wurde, und in den (gestaffelten) zweiten bis fünften Aufrufen gar keine Angebote erfolgt sind. Die Beschwerdeführer übergehen, dass damit der im ersten Aufruf erfolgte provisorische Zuschlag (Fr. 2'760'000.-- an die E. \_\_\_\_\_ AG) mit Übergang aller drei Lasten weiter galt. Sie legen nicht dar, inwiefern die Vorinstanz die Steigerungsbedingungen oder die Regeln über die Durchführung des Doppelaufwurfs verkannt habe, wenn sie festgehalten hat, dass es zufolge fehlender Gläubigerdeckung nach dem ersten Aufruf mit Lasten zu den weiteren Aufrufen kommen musste, und es für die

Dienstbarkeitsberechtigten bei den Aufrufen Nrn. 2-5 gar keine Möglichkeit gab, einen Fehlbetrag auszugleichen.

### **E. 3.3.5**

Im konkreten Fall ergab der sechste bzw. letzte Aufruf

ohne die drei Lasten ein höheres Angebot (Fr. 5'000'000.--) als nach dem ersten Aufruf mit den drei Lasten (Fr. 2'760'000.--). Die Beschwerdeführer blenden aus, dass die notwendige Durchführung des Aufrufs ohne Last - wie die Vorinstanz angenommen hat (E. 3.3.3) - zum Zuschlag und zur Löschung im Grundbuch führt, wenn das Angebot höher ist (vgl. Art. 56 lit. b VZG). Damit kommt zum Ausdruck, dass die nachfolgende, ohne Einwilligung begründete Dienstbarkeit bzw. Last die Grundpfandgläubiger benachteiligt (MOOSER, a.a.O., Rz. 56; STEINAUER, Les droits réels, Bd. II, 2020, Rz. 3244 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl. 2022, S. 336; DUBOIS, in: Commentaire romand, Code civil II, 2016, N. 42 f. zu Art. 812; DÜRR/ZOLLINGER, Zürcher Kommentar, Bd. IV/2b/2, 2. Aufl. 2013, N. 83 zu Art. 812; PIOTET, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 13 f. zu Art. 142; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. II, 2000, N. 25 zu Art. 142; bereits JAEGER, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1911, N. 13 ff. zu Art. 142).

### **E. 3.3.6**

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer führt gestützt auf die vorliegenden Steigerungsbedingungen - wie dargelegt (E. 3.3.3) - beim Aufruf ohne Last ein höheres Angebot zum Zuschlag und zur Streichung der Last. Mit der - von den Beschwerdeführern angestrebten - Zahlung der Differenz zwischen Höchstangebot und der Forderung der Grundpfandgläubiger können sie indes den Erhalt ihres Rechts nicht bewirken, denn der Aufruf erfolgte ohne Last und der Ersteigerer (hier: C. \_\_\_\_\_ AG) hat für das Grundstück ohne die Last geboten, wie die Vorinstanz festgehalten hat (GÜTLIN/KUHN, a.a.O., Rz. 552; HÄBERLIN, in: Kurzkomentar VZG, 2011, N. 14 zu Art. 56).

### **E. 3.3.7**

Wohl findet sich in der Literatur die Meinung, dass der Lastenberechtigte beim Aufruf ohne Last noch eine Möglichkeit haben soll, eine "Ausgleichszahlung" zu leisten. Dabei soll (1.) diese Zahlung lediglich die Differenz zwischen dem Aufruf

mit Last und demjenigen ohne Last betragen, und (2.) im Fall der Zahlung der Zuschlag an den Meistbietenden beim Aufruf mit Last gehen (so HÄBERLIN/WINKLER, in: Kurzkomentar VZG, 2. Aufl. 2023, N. 14 zu Art. 56, mit Hinweis auf FEUZ, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 28 zu Art. 142). Ob ein derartiges Vorgehen mit den Regeln zur Durchführung des Doppelaufrufs ( Art. 56 VZG , Art. 142 SchKG ), welche vom materiellen Recht vorgegeben sind (BGE 81 III E. 61 E. 1; PIOTET, a.a.O., N. 4 zu Art. 142), vereinbar wäre, kann offenbleiben. Eine Erörterung erübrigt sich. Die Beschwerdeführer legen nicht dar, dass im konkreten Fall die Steigerungsbedingungen (in Ziff. 25) überhaupt Anlass und Spielraum gegeben hätten, den Doppelaufruf in der beschriebenen Weise (reduzierte Differenzzahlung nach Aufruf ohne Last, Zuschlag an den Meistbietenden im Aufruf mit Last und Verweigerung des Zuschlags an den höher Bietenden im Aufruf ohne Last) durchzuführen. Die Beschwerdebegründung genügt insoweit den gesetzlichen Anforderungen nicht (E. 1.3).

#### **E. 3.4**

Nach dem Dargelegten ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz bestätigt hat, dass das Konkursamt nach dem sechsten Aufruf ohne die drei Lasten und höherem Angebot keine Gelegenheit zu der von den Beschwerdeführern begehrten Differenzzahlung geben musste. Der Schluss der Vorinstanz, dass der Zuschlag vom 8. Dezember 2022, mit welchem das Baurecht SDR-Münsingen 1 Nr. xxx im Aufruf Nr. 6 ohne die Lasten A, B und C und damit ohne deren Überbindung in korrekter und gültiger Weise an die höher bietende C. \_\_\_\_\_ AG ging, stellt keine Rechtsverletzung dar.

#### **E. 4**

Der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die gemeinsam prozessierenden Beschwerdeführer zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ). Gegenüber der am Verfahren beteiligten Ersteigererin werden sie entsprechend entschädigungspflichtig ( Art. 68 Abs. 1 und 4 BGG ). Eine Entschädigungspflicht gegenüber dem Betreibungsamt besteht nicht ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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