

# **BGer 5A 461/2013 vom 13. August 2013**

Bundesgericht, 2013-08-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_461\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_461_2013)

FR: TF 5A 461/2013 du 13 août 2013

IT: TF 5A 461/2013 del 13 agosto 2013

## **Regeste**

Freihandverkauf im summarischen Konkursverfahren | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Entscheide der (vorliegend einzigen) kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen über Verfügungen der Vollstreckungsorgane sind Endentscheide und unterliegen unabhängig von einer gesetzlichen Streitwertgrenze der Beschwerde in Zivilsachen ( Art. 72 ff. BGG ; BGE 133 III 350 E. 1.2 S. 351; 131 III 237 E. 2.2 S. 239).

### **E. 1.2**

In Zivilsachen können Parteien vor Bundesgericht nur von Anwälten und Anwältinnen vertreten werden, die nach dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) oder nach einem Staatsvertrag berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden zu vertreten ( Art. 40 Abs. 1 BGG ; zum Begriff "Zivilsachen" vgl. BGE 134 III 520 E. 1.5 S. 523 f.). Wie es sich mit der Vertretung der Beschwerdegegner durch MLaw Z. \_\_\_\_\_ vor dem Bundesgericht verhält, kann vorliegend offen gelassen werden, da sich die Beschwerde als unbegründet erweist und demnach vonseiten der Beschwerdegegner vor Bundesgericht keine Verfahrenshandlungen nötig sind.

### **E. 2.1**

Das Obergericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, MLaw Z. \_\_\_\_\_ habe am 27. März 2013 (per E-Mail) als Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners 2 und damit für diesen ein Angebot von Fr. 57'000.-- eingereicht (Zahlung von Fr. 52'000.-- und Anrechnung des geleisteten Vorschusses von Fr. 5'000.--). Daran ändere nichts, dass gemäss der Zahlungsanweisung, die dieser E-Mail angehängt war, die Zahlung von Fr. 52'000.-- durch die Beschwerdegegnerin 1 erfolgt sei und MLaw Z. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 27. März 2013 an das Konkursamt auch über ihre Rechtsvertretung für die Beschwerdegegnerin 1 orientiert habe. Hätte die Beschwerdegegnerin 1 mit der Zahlung von Fr. 52'000.-- ein eigenes Angebot machen wollen, wäre dieses tiefer als das damalige Höchstgebot der Beschwerdeführerin von Fr. 55'000.-- gewesen, was keinen Sinn gemacht hätte. Denn nur der Beschwerdegegner 2 habe einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- geleistet, weshalb dieser nur seinem Angebot angerechnet werden könne. Das Obergericht folgerte, die Beschwerdegegnerin 1 habe die Zahlung von Fr. 52'000.-- als Vertreterin des Beschwerdegegners 2 getätigt und demnach handle es sich im Ergebnis um ein Angebot des Beschwerdegegners 2. Habe demnach die Beschwerdegegnerin 1 am Steigerungsverfahren gar nicht teilgenommen, sei sie zur Beschwerde nicht legitimiert und sei darauf nicht

einzutreten.

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche ( Art. 9 BV ) Sachverhaltsfeststellung. Bei der fraglichen Zahlungsanweisung handle es sich um ein neues und unabhängiges Angebot der Beschwerdegegnerin 1. Sowohl die Zahlungsanweisung als auch die Anzeige von MLaw Z. \_\_\_\_\_ über die Rechtsvertretung der Beschwerdegegnerin 1 seien am gleichen Tag (27. März 2013) erfolgt. Die Unsicherheit über die Zurechenbarkeit der Handlungen folge alleine aus der Doppelvertretung durch dieselbe Rechtsvertreterin. Die Beschwerdegegner hätten unterschiedliche und gegenläufige Interessen verfolgt, weshalb nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Beschwerdegegnerin 1 für den Beschwerdegegner 2 eine Zahlung hätte vornehmen sollen. Die Beschwerdegegnerin 1 habe denn in ihrer Beschwerde an das Obergericht selbst ausgeführt, sie habe an der Verwertung der Fahrzeuge teilgenommen. Sei demnach das Angebot vom 27. März 2013 durch die Beschwerdegegnerin 1 erfolgt und habe nur Fr. 52'000.-- betragen, liege weder von der Beschwerdegegnerin 1 noch vom Beschwerdegegner 2 ein Angebot vor, das höher sei als die von ihr damals gebotenen Fr. 55'000.--. Damit ent falle von vornherein die Frage nach dem richtigen Verfahren bei den weiteren Steigerungsschritten.

### **E. 2.3.1**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig und damit willkürlich ist ( BGE 136 III 636 E. 2.2 S. 638) oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). Die Sachverhaltsfeststellung beziehungsweise Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich ( Art. 9 BV ), wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat ( BGE 137 III 226 E. 4.2 S. 234).

### **E. 2.3.2**

MLaw Z. \_\_\_\_\_ reichte (als Rechtsvertreterin) am 27. März 2013 per E-Mail ein Angebot für die fraglichen vier Fahrzeuge ein (vgl. Lit. B.d oben; act. 71 der Akten des Konkursamts; Art. 105 Abs. 2 BGG ). Die Nachricht hatte folgenden Wortlaut (sic!) : "Anbei die Nachbesserung von unseren Angebot auf CHF 57'000. Anbei die Bestätigung der Zahlung (CHF 5'000) wurden schon eingereicht." Es handelte sich bei dieser E-Mail um das Antwortmail ("Re:") auf die Nachricht des Konkursamts vom 21. März 2013 an die Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegner 2 (vgl. Lit. B.c oben). Aus dem Wortlaut der E-Mail von MLaw Z. \_\_\_\_\_ vom 27. März 2013 geht klar hervor, dass erstens ein früheres Angebot verbessert werden sollte (nur der Beschwerdegegner 2 hatte aber bisher ein Angebot eingereicht, nicht jedoch die Beschwerdegegnerin 1), zweitens das neue Angebot Fr. 57'000.-- betrage und drittens der (im Anhang der E-Mail) beigelegten Zahlungsanweisung von Fr. 52'000.-- auch der geleistete ("eingereichte") Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- anzurechnen ist (dieser Kostenvorschuss wurde vom Beschwerdegegner 2 geleistet und ist auch nur ihm anzurechnen; addiert man diesen zur Zahlung von Fr. 52'000.--, erhält man den gemäss E-Mail gebotenen Betrag). Soweit die

Beschwerdeführerin auf die Doppelvertretung von MLaw Z. \_\_\_\_\_ hinweist, ist Folgendes zu berücksichtigen: Das Schreiben von MLaw Z. \_\_\_\_\_, mit dem sie sich (auch) als Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin 1 legitimierte, ging dem Konkursamt erst am 28. März 2013 zu (vgl. act. 73 der Akten des Konkursamts; Art. 105 Abs. 2 BGG). Im Zeitpunkt des Eingangs der E-Mail vom 27. März 2013 stand demnach auch aus diesem Blickwinkel für das Konkursamt unzweifelhaft fest, dass das Angebot vom Beschwerdegegner 2 erfolgte. Das Ergebnis der obergerichtlichen Sachverhaltsfeststellung, wonach aus der E-Mail vom 27. März 2013 offensichtlich der tatsächliche Wille von MLaw Z. \_\_\_\_\_ hervorgehe, für den Beschwerdegegner 2 (und nicht die Beschwerdegegnerin 1) ein Angebot einzureichen, hält demnach einer Willkürprüfung ohne Weiteres stand.

#### **E. 2.4**

Soweit die Beschwerdeführerin nebenbei auch noch auf die Untersuchungsmaxime gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hinweist, begründet sie diesen Einwand nicht weiter. Darauf ist nicht einzutreten ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 138 I 171 E. 1.4 S. 176).

#### **E. 3.1.1**

Das summarische Konkursverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass es einfach, rasch und weitgehend formlos ist. Es liegt zur Hauptsache in den Händen der Konkursverwaltung; Gläubigerversammlungen finden nur ausnahmsweise statt ( BGE 121 III 142 E. 1b S. 143). Gemäss Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG ist die Verwertung nach den in Art. 256 Abs. 2 - 4 SchKG festgelegten Regeln und unter bestmöglicher Wahrung der Interessen der Gläubiger durchzuführen. Art. 256 Abs. 1 SchKG, wonach ein freihändiger Verkauf der zur Masse gehörenden Vermögenswerte einen entsprechenden Beschluss der Gläubiger voraussetzt, ist hier nicht anzuwenden. Indessen hat die Konkursverwaltung, die im summarischen Verfahren einen Freihandverkauf anstrebt, Art. 256 Abs. 3 SchKG zu beachten und demnach bei Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert (vgl. dazu Urteil 5A\_678/2012 vom 15. November 2012 E. 4) und bei Grundstücken den Gläubigern die Gelegenheit einzuräumen, höhere Angebote zu machen (sog. Höherangebot). In den übrigen Fällen steht es im freien Ermessen des Konkursamts, ob es allen Gläubigern Gelegenheit zur Einreichung von Offerten bietet, bevor es einen Freihandverkauf durchführt ( BGE 131 III 280 E. 2.1 S. 285). Sodann ist darauf hinzuweisen, dass ein Freihandverkauf nicht leichtin aufgehoben werden kann und nur das Vorliegen schwerwiegender Mängel diesen Eingriff rechtfertigt ( BGE 106 III 79 E. 5 S. 83).

#### **E. 3.1.2**

Bei der Ausgestaltung des Verfahrens des Freihandverkaufs steht der Konkursverwaltung ein erhebliches Ermessen zu (Stahelin, Freihandverkauf: Rechtsnatur und Anfechtung, in: Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, 2005, S. 404; Lorandi, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 1994, S. 200). Sie kann demnach den Freihandverkauf auch in der Form einer internen Steigerung durchführen (vgl. Urteil 5A\_678/2012 vom 15. November 2012 E. 4 ["interne Gant"] mit Hinweis auf Amacker/Küng, in: Kurzkommentar SchKG, 2009, N. 9 zu Art. 256 SchKG ; vgl. auch Lorandi, a.a.O., S. 56).

#### **E. 3.1.3**

Von einem Teil der Lehre wird zu Art. 256 Abs. 3 SchKG ausgeführt, den Gläubigern müsse das Recht, höhere Angebote zu unterbreiten, je Objekt nur einmal eingeräumt werden; nehme die Konkursverwaltung nach fristgemäßem Eingang eines Höherangebots

mit den übrigen Interessenten Kontakt auf, um sie zur Erhöhung ihrer Gebote zu veranlassen, stehe den Gläubigern bei Eingang eines höheren Gebots nicht erneut das Recht zum Höherangebot zu; vielmehr sei dem Zweck von Art. 256 Abs. 3 SchKG (Gleichbehandlung der Gläubiger) Genüge getan, wenn den Gläubigern das Recht einmal gewährt werde ( BÜRGI, in: Basler Kommentar, SchKG II, 2. Aufl. 2010, N. 23 zu Art. 256 SchKG ; LORANDI, a.a.O., S. 336 f.; VISCHER, Unternehmenserwerb aus dem Konkurs, SZW 2002 S. 154 f.). Nach einem anderen Teil der Lehre muss den Gläubigern erneut Gelegenheit gegeben werden, ein höheres Angebot einzureichen, wenn ein erstes Höherangebot eines Gläubigers von einem Dritten überboten wurde ( FOËX, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 18 zu Art. 256 SchKG ; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 159 - 270, 2001, N. 36 zu Art. 256 SchKG ).

### **E. 3.2**

Das Obergericht hat in einem ersten Schritt sinngemäss festgestellt, der Inventarwert der freihändig zu verkaufenden Fahrzeuge liege (pro Objekt) unter Fr. 50'000.--. Deshalb lägen keine Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert vor und Art. 256 Abs. 3 SchKG (Höherangebot der Gläubiger) finde keine Anwendung. Der Konkursverwaltung stehe es frei, ein steigerungsähnliches Verfahren durchzuführen. Wie bei Art. 256 Abs. 3 SchKG sei den Kaufinteressenten ebenfalls das Recht zum höheren Angebot einzuräumen. In Anlehnung an die Lehrmeinung von Lorandi (vgl. dazu E. 3.1.3 oben) zu Art. 256 Abs. 3 SchKG sei die Konkursverwaltung nur verpflichtet, den Kaufinteressenten das Recht, ein höheres Angebot einzureichen, einmal zu gewähren. Jedoch treffe die Konkursverwaltung die Pflicht, die Beteiligten gleich zu behandeln. Vorliegend sei nach dem Gesagten das Konkursamt nicht mehr verpflichtet gewesen, die Beschwerdeführerin über das Angebot des Beschwerdegegners 2 (Angebot vom 27. März 2013 über Fr. 57'000.--) zu informieren. Wenn sie dies trotzdem getan habe, wäre sie aber verpflichtet gewesen, auch dem Beschwerdegegner 2 das neue Angebot der Beschwerdeführerin (Angebot vom 28. März 2013, 10.58 Uhr, über Fr. 58'500.--) noch mitzuteilen, selbst wenn die Zeit bis zum Fristablauf sehr knapp gewesen sei. Indem das Konkursamt dies unterlassen habe, verletze es das Gleichbehandlungsgebot unter den Bietern. Im Übrigen erweise sich die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens als unzulänglich, wenn die freihändige Veräusserung durch ein (internes) Steigerungsverfahren erfolgen soll. Vielmehr habe das Konkursamt in einem solchen Fall einen Steigerungstermin festzusetzen, an dem die Kaufinteressenten sich gegenseitig überbieten können und das höchste Angebot den Zuschlag erhält. Damit werde auch das Gleichbehandlungsgebot gewahrt.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Obergericht sei zu Unrecht von einer Ungleichbehandlung der Kaufinteressenten ausgegangen. Das Konkursamt habe dem Beschwerdegegner 2 mit der Mitteilung vom 21. März 2013 einmal die Gelegenheit eingeräumt, sein Angebot zu erhöhen. Nachdem diese Erhöhung durch den Beschwerdegegner 2 am 27. März 2013 erfolgt sei, habe das Konkursamt auch ihr durch die Mitteilung vom 27. März 2013 einmal ermöglicht, ein höheres Angebot einzureichen. Beide Parteien hätten damit je ein Angebot und eine Erhöhung des eigenen Angebots einreichen können. Eine Ungleichbehandlung und damit eine Rechtsverletzung sei damit nicht ersichtlich. Vielmehr sei es im Ermessen des Konkursamts gelegen, ob es ihr Angebot vom 28. März 2013 dem Beschwerdegegner 2 nochmals habe mitteilen wollen. Das Obergericht

hätte jedoch keine Ermessenskontrolle durchführen dürfen, da ihm dies in analoger Anwendung von Art. 253 Abs. 2 SchKG versagt sei.

#### **E. 4.1.1**

Die vom Obergericht gestützt auf eine Lehrmeinung herangezogenen Grundsätze zum Höherangebot gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG lassen sich nicht unbesehen auf den (vorliegenden) Fall anwenden, in dem erstens Art. 256 Abs. 3 SchKG mangels Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert nicht anzuwenden ist und zweitens sich die Konkursverwaltung entscheidet, den Freihandverkauf unter den Kaufinteressenten (vorliegend also der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner 2) in einem steigerungähnlichen Verfahren durchzuführen.

#### **E. 4.1.2**

Durch eine solche "interne Versteigerung" kann ein höherer Verwertungserlös erzielt werden, da sich die Interessenten mit ihren Angeboten gegenseitig antreiben und meist mehrfach überbieten (Amacker/Küng, a.a.O., N. 9 zu Art. 256 SchKG). Dieses Verfahren setzt demnach zwangsläufig voraus, dass die Konkursverwaltung diejenigen Interessenten, deren Angebote überboten wurden, darüber informiert, um ihnen die Möglichkeit zu geben, selbst ihr Angebot zu erhöhen. Anders verhält es sich nur, wenn feststeht, dass die übrigen Interessenten ihr letztes Angebot gemacht haben und zu dessen Erhöhung nicht mehr bereit sind (vgl. Lorandi, a.a.O., S. 56 f.). Um ein solches Verfahren nicht endlos in die Länge zu ziehen und um Aufwendungen und Kosten gering zu halten, steht es der Konkursverwaltung auch frei, allen Interessenten eine Frist anzusetzen, um ihre letzten Gebote einzureichen (vgl. Lorandi, a.a.O., S. 57). Entscheidet sich die Konkursverwaltung für die Ansetzung einer solchen Frist, hat sie den Beteiligten allfällige letzte Gebote (die nach dieser Fristansetzung erfolgen) nicht mehr mitzuteilen: Dies würde dem Zweck der Fristansetzung widersprechen, soll doch das bisherige Verfahren mit der Mitteilung der Gebote, um höhere Angebote zu provozieren, gerade aufgegeben werden, auch wenn damit das Risiko besteht, dass die (letzten) Gebote gleich hoch sein könnten.

#### **E. 4.1.3**

Vorliegend hat das Konkursamt diese beiden Formen (E. 4.1.2 Abs. 1 und 2) vermischt. Einerseits hat es den Beteiligten eine Frist angesetzt ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; vgl. die E-Mail des Konkursamts vom 27. März 2013: "Wir bitten Sie um Mitteilung [...] bis spätestens Donnerstag, 28. März 2013, 12.00 Uhr, ob Sie Ihre Offerte noch nachbessern wollen oder nicht. [...]"). Andererseits hat es trotzdem - auch nach dieser Fristansetzung - das Gebot des Beschwerdegegners 2 der Beschwerdeführerin noch mitgeteilt. Dieses Vorgehen ist nach dem Gesagten nicht zulässig: Entscheidet sich das Konkursamt für eine Fristansetzung an die Bietenden für ein jeweiliges letztes Gebot, geht es nicht an, das zeitlich frühere (letzte) Gebot eines Bieters dem anderen Bieter (der sein letztes Gebot noch einreichen kann) noch mitzuteilen. Die Ansetzung einer Frist an die Bietenden bedeutet wie erwähnt gerade die Abkehr (beziehungsweise das Ende) vom bisherigen eigentlichen Steigerungsverfahren, in dem die jeweiligen Gebote den anderen Bietern mitgeteilt wurden, um höhere Angebote zu provozieren. Teilt das Konkursamt ein solches nach der Fristansetzung erfolgtes letztes Gebot den übrigen Beteiligten, die ihr letztes Gebot noch nicht eingereicht haben, mit, erwächst ihnen aus dem Vorgehen des Konkursamts ein unzulässiger Vorteil. Damit verletzt das Konkursamt das im Begriff jeder (und damit auch einer internen) Steigerung liegende Prinzip der Gleichbehandlung der Bieter (vgl. dazu

Hüsler, Die Steigerungsbedingungen in der Zwangsversteigerung von Grundstücken, 1937, S. 9 und S. 28; Rutz/Roth, in: Basler Kommentar, SchKG I, 2. Aufl. 2010, N. 2 zu Art. 126 SchKG ; BGE 87 I 259 S. 261).

#### **E. 4.2**

Das Obergericht ist damit zutreffend von einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots unter den Bieterinnen ausgegangen und hat den an die Beschwerdeführerin erfolgten "Zuschlag" aufgrund eines schwerwiegenden Mangels zu Recht aufgehoben.

#### **E. 5**

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird kosten-, nicht hingegen entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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