

Dr. iur. Daniel Hunkeler

Recht zum Höhergebot beim Freihandverkauf im Konkurs **Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid vom 20. November 2001 (7B.220/2001)**

Eine vom Betreibungsamt angesetzte Frist von zehn Tagen zur Unterbreitung eines höheren Angebots und zur gleichzeitigen Sicherheitsleistung beim Freihandverkauf im Konkurs verletzt Art. 256 Abs. 3 SchKG jedenfalls dann nicht, wenn es dem Kaufinteressenten schon vorher möglich und zumutbar war, die nötigen Vorbereitungs-handlungen für die Einreichung eines höheren Kaufangebots zu treffen.

[Rz 1] Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts vom 20. November 2001 (7B.220/2001)

[Rz 2] Im Konkurs einer Aktiengesellschaft wurde A. in ihrer Eigenschaft als Aktionärin der Gemeinschuldnerin eine Verfügung der Konkursverwaltung zugestellt, mit welcher ihr im Rahmen eines geplanten Freihandverkaufs von Hotelliegenschaften (samt Zugehör) Gelegenheit im Sinne von Art. 256 Abs. 3 SchKG eingeräumt wurde, innert einer Frist von zehn Tagen ein der Konkursverwaltung vorliegendes Kaufangebot im Betrag von CHF 17 Mio. zu überbieten und gegebenenfalls gleichzeitig einen unwiderruflichen Finanzierungsnachweis einer Schweizer Bank beizubringen.

[Rz 3] Gegen diese Verfügung erhob A. fristgerecht Beschwerde bei der (einzigen) Aufsichtsbehörde des Kantons Bern mit dem Antrag, es sei ihr und den Gläubigern die Frist auf mindestens dreissig Tage anzusetzen. Die kantonale Aufsichtsbehörde hob die gegenüber A. erlassene Verfügung der Konkursverwaltung von Amtes wegen auf und schrieb das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden ab. Ihren Entscheid begründete die Aufsichtsbehörde damit, dass Art. 256 Abs. 3 SchKG auf die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Aktionärin im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Zwar sei Art. 256 Abs. 3 SchKG nach der Praxis über seinen Wortlaut hinaus auch auf andere Erlösanwärter als die Gläubiger anzuwenden, beispielsweise auf die Aktionäre einer Gemeinschuldnerin. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass nach Deckung sämtlicher Passiven mit einem Liquidationsüberschuss gerechnet werden könne. Da im vorliegenden Fall sogar die Beschwerdeführerin selber nicht von einem derartigen Überschuss ausgehe, stehe ihr kein Höhergebotsrecht zu, weshalb die angefochtene Verfügung ohne Rechtsgrund erlassen und damit von Amtes wegen aufzuheben sei.

[Rz 4] Im nachfolgenden Beschwerdeverfahren vor der bundesgerichtlichen Schuldbetreibungs- und Konkurskammer stellte A. dasselbe Rechtsbegehren wie im kantonalen Verfahren. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und führte zur Begründung folgendes aus:

[Rz 5] Ob Art. 256 Abs. 3 SchKG auf die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Aktionärin der konkursiten Gesellschaft anwendbar sei oder gegenteils die konkursamtliche Verfügung von der kantonalen Aufsichtsbehörde zu Recht widerrufen worden sei, könne offen bleiben. Selbst wenn Art. 256 Abs. 3 OR auf die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Aktionärin anwendbar sei, wäre die gerügte Frist von zehn Tagen nicht als unangemessen zu beurteilen.

[Rz 6] Im von der Beschwerdeführerin angerufenen Entscheid BGE 88 III 68 ff. sei im Rahmen eines Freihandverkaufs einer Liegenschaft die Ansetzung einer Frist von 12 Tagen an nicht schon vorher zum Kauf entschlossene Interessenten zur Einreichung eines Höhergebots und zur Sicherstellung eines Kapitalbetrags von CHF 13 Mio. bis CHF 14 Mio. zu beurteilen gewesen. Hinsichtlich dieser Frist habe das Bundesgericht unter den gegebenen Umständen festgestellt, sie sei zu knapp bemessen.

[Rz 7] Im vorliegenden Fall erscheine jedoch die der Beschwerdeführerin angesetzte Frist von 10

Tagen infolge Vorliegens besonderer Verhältnisse als genügend. Die Beschwerdeführerin habe selber ausgeführt, dass ihr die Konkursverwaltung schon mehr als fünf Monate vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung schriftlich zugesichert habe, zu gegebener Zeit Gelegenheit zur Unterbreitung eines Höhergebots zu erhalten. Die Beschwerdeführerin habe damit vor Bekanntgabe des letzten Termins für ein allfälliges Überbieten mehrere Monate Zeit gehabt, um Abklärungen im Hinblick auf den Erwerb der zu veräussernden Liegenschaften zu treffen und sich mit Finanzinstituten in Verbindung zu setzen und diesen die notwendigen Daten zu ihrer wirtschaftlichen Lage und zu den Liegenschaften zukommen zu lassen. Damit sei die Beschwerdeführerin ohne weiteres in der Lage gewesen, von möglichen Geldgebern einen (vorläufigen) Entscheid zu erwirken, welcher dann im Lichte der für den Freihandverkauf eingegangenen Offerte(n) höchstens nochmals zu überprüfen gewesen wäre, wozu die eingeräumten zehn Tage ausgereicht hätten.

Kommentar:

1. [Rz 8] Gemäss Art. 256 Abs. 1 SchKG werden die zur Masse gehörenden Gegenstände auf Anordnung der Konkursverwaltung öffentlich versteigert oder, falls die Gläubiger es beschliessen, freihändig verkauft. Gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG dürfen Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert und Grundstücke nur freihändig verkauft werden, wenn die Gläubiger vorher Gelegenheit erhalten haben, höhere Angebote zu machen. Letztere Bestimmung wurde mit der per 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Revision des SchKG neu in das Gesetz aufgenommen. Vor der Revision des SchKG bestand aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ohne eine solche Bestimmung ein Höhergebotsrecht der Gläubiger, welches diesen in sachlich weitergehender Weise bei jedem Freihandverkauf ein Recht auf ein Höhergebot einräumte (vgl. BGE 101 III 52 E. 3c S. 56 f., m.w.H.). Das Höhergebotsrecht wurde vom Bundesgericht mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung begründet, wonach sämtliche Gläubiger ungeachtet ihrer Aussichten auf Befriedigung im Konkurs Anspruch auf gleiche Behandlung durch die Konkursorgane hätten (vgl. BGE 50 III 66 E. 1 S. 67; 63 III 85 S. 87).

2. [Rz 9] Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung ist auch die wesentliche ratio legis der neu in das SchKG aufgenommenen Bestimmung von Art. 256 Abs. 3 SchKG. Zudem haben die Gläubiger Anspruch auf ein möglichst hohes Liquidationsbetreffnis, weshalb zumindest beim Freihandverkauf von Aktiven von bedeutendem Wert, insbesondere von Grundstücken, ein Recht zum Höhergebot bestehen muss. Der Zweck der Bestimmung liegt jedoch nicht darin, den Gläubigern einen Anspruch auf Erwerb von Konkursaktiven in natura einzuräumen. Die Gläubiger haben im Konkurs lediglich Anspruch auf Verwertung der Massegegenstände und auf Befriedigung aus dem Liquidationserlös, nicht auf die Massegegenstände selber (sog. Versilberungsprinzip).

3. [Rz 10] Weiterhin nicht gesetzlich geregelt ist die Frist, innert welcher den Gläubigern Gelegenheit zur Unterbreitung eines Höhergebots (und allenfalls zur Sicherstellung des Angebotspreises) zu geben ist. Schon vor der Revision des SchKG stand fest, dass diese Frist von den Vollstreckungsorganen in pflichtgemässer Ausübung ihres Ermessens festzusetzen ist, wobei für den Regelfall von einer Mindestfrist von zehn Tagen ausgegangen wurde (vgl. LORANDI Franco, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. 1994, S. 319, m.w.H.). Im bereits erwähnten Entscheid BGE 88 III 68 ff. war der Fall zu beurteilen, in welchem Interessenten, die sich nicht schon vorher zum Freihandverkauf entschlossen hatten und die damit auch keine Vorbereitshandlungen für Offertstellung und Sicherheitsleistung getätigt hatten, eine Frist von lediglich zwölf Tagen angesetzt worden war zur Einreichung eines Höhergebots für eine Liegenschaft und zur gleichzeitigen Leistung einer Bankgarantie in der Höhe von CHF 13 Mio. – CHF 14 Mio. Diese Frist wurde vom Bundesgericht als „offenkundig viel zu kurz“ bzw. als „Akt der Willkür“ bezeichnet (BGE 88 III 68 ff., E. 3c S. 83 f.).

4. [Rz 11] Die schon vor der Revision des SchKG für die Bemessung einer Frist zum Höhergebot und gegebenenfalls zur gleichzeitigen Sicherheitsleistung geltenden Grundsätze müssen grundsätzlich auch für die neu in das Gesetz aufgenommene Bestimmung von Art. 256 Abs. 3

SchKG gelten. Nachdem allerdings nur noch Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert und Grundstücke dem Recht auf Höhergebot unterliegen, sind die früher für Fahrnis bzw. für Vermögensgegenstände von geringerem Wert geltenden Fristen nicht mehr unbesehen anwendbar.

[Rz 12] In jedem Fall ist bei der Fristeinräumung auf die Umstände des konkreten Einzelfalls abzustellen, insbesondere darauf, ob und inwieweit ein Kaufinteressent schon vor der formellen Fristansetzung der Vollstreckungsorgane Kenntnis vom geplanten Freihandverkauf hatte und ob es ihm möglich und zumutbar war, die für die Einreichung einer Offerte erforderlichen Vorkehrungen zu treffen (beispielsweise Besichtigung des zu verkaufenden Objekts, Meinungsbildung über die Höhe des einzureichenden Angebots, Gespräche mit Kapitalgebern, etc.). Die Frage, ob gleichzeitig mit dem Höhergebot eine Sicherheitsleistung beizubringen ist, ist ebenso von Bedeutung wie die Höhe eines allfällig sicherzustellenden Betrages. Da im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin offensichtlich bereits Monate vorher als Kaufinteressentin feststand und sie nähere Kenntnisse über die freihändig zu verkaufenden Objekte hatte, war ihre Berufung auf eine zu kurze Frist klarerweise zu Unrecht bzw. rechtsmissbräuchlich erfolgt. Dem bundesgerichtlichen Entscheid ist diesbezüglich deshalb zuzustimmen.

5. [Rz 13] Aufgrund des Wortlauts von Art. 256 Abs. 3 SchKG steht lediglich den Gläubigern ein Recht zum Höhergebot zu. Doch erscheint es sachrichtig, auch den Gesellschaftern einer konkursiten Gesellschaft (im vorliegenden Fall den Aktionären) Gelegenheit zum Höhergebot einzuräumen, wenn nach Bezahlung sämtlicher Gläubiger und sämtlicher Kosten des Konkursverfahrens (ausnahmsweise) ein Aktivenüberschuss erwartet werden kann. In solchen Fällen profitiert auch die konkursite Gesellschaft vom Aktivenüberschuss und mit ihr deren Gesellschafter, weshalb es gerechtfertigt ist, auch letzteren Gelegenheit zum Höhergebot zu geben (gl.M: LORANDI, a.a.O., S. 316 f., 321). Im vorliegenden Fall hatte das Bundesgericht die Frage ausdrücklich offengelassen, doch hatte es vor der Revision des SchKG entschieden, dass Aktionären unter der genannten Prämisse Gelegenheit zum Höhergebot einzuräumen ist (vgl. BGE 87 III 111 ff. E. 3b S. 117; 88 III 28 ff. E.6 S. 39).

6. [Rz 14] Fraglich ist indes, ob den Gesellschaftern einer Konkursitin ein eigenes *Recht* zum Höhergebot zuzugestehen ist (so offenbar LORANDI, a.a.O., S. 316 f., 321), oder ob lediglich eine Verpflichtung der Konkursverwaltung besteht, den Gesellschaftern *Gelegenheit* zum Höhergebot zu geben und diese Verpflichtung (nur) gegenüber der konkursiten *Gesellschaft* besteht. Unseres Erachtens trifft letzteres zu, d.h. es ist ein selbständiges Recht der Gesellschafter auf ein Höhergebot zu verneinen und lediglich ein Recht der konkursiten Gesellschaft auf eine Höhergebotsmöglichkeit ihrer Gesellschafter zu bejahen. Die Möglichkeit zum Höhergebot steht den Gesellschaftern nicht um ihrer selbst willen zu, sondern sie besteht im Interesse der konkursiten Gesellschaft, nachdem ein allfälliger Aktivenüberschuss der Gesellschaft und nicht ihren Gesellschaftern zufällt und letztere nur indirekt (über ihre Beteiligung) profitieren.

[Rz 15] Diese Auffassung deckt sich mit der vor der Revision des SchKG ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dieses hatte festgehalten, einem einzelnen Aktionär einer Gemeinschuldnerin könne keine Beschwerdelegitimation zukommen, da das Aktionärsinteresse im Konkursverfahren nur insoweit Schutz verdiene, als es mit demjenigen der sich im Konkurs befindlichen Gesellschaft übereinstimme. Letztere sei jedoch in der Lage, ihre Interessen auch ohne Hilfe der Aktionäre durch ihre eigenen Organe wahrzunehmen (vgl. BGE 53 III 107 ff. S. 112; 88 III 28 ff. E. 2b S. 35 f.; 88 III 68 ff. E. 2d S. 79).

7. [Rz 16] Das Bundesgericht hätte unseres Erachtens daher ein Recht der Beschwerdeführerin auf ein Höhergebot aus dem doppelten Grund verneinen können, dass erstens kein Aktivenüberschuss zu erwarten war und zweitens Aktionäre kein eigenes Höhergebotsrecht haben. Das Bundesgericht liess diese Fragen jedoch offen, möglicherweise weil ihm daran gelegen war, einige der erwähnten Grundsätze zum Höhergebotsrecht in Erinnerung zu rufen und der Beschwerdeführerin aufzuzeigen, dass die Rüge der zu kurzen Frist unbegründet war. Nicht ganz nachvollziehbar erscheint hingegen, weshalb das Bundesgericht als Folge seiner Argumentation

nicht auch zum Beschwerdeantrag der Beschwerdeführerin Stellung nahm, es sei auch den Gläubigern eine längere Frist zum Höhergebot einzuräumen. Wenn nämlich ein Aktionär in seiner Rüge gehört wird, es sei ihm selber eine zu kurze Frist angesetzt worden, muss dies auch für den Fall gelten, dass er eine gegenüber den Gläubigern angesetzte Frist als unangemessen rügt. Auch im letzteren Fall wäre sein (möglicher) Anspruch auf ein grösstmögliches Liquidationsbetreffnis verletzt.

[Rz 17] Wie über die diesbezügliche Rüge materiell zu entscheiden gewesen wäre, lässt sich aufgrund der Sachverhaltsdarstellung im bundesgerichtlichen Entscheid nicht voraussagen. Beispielsweise geht aus dem bundesgerichtlichen Urteil nicht zweifelsfrei hervor, ob den Gläubigern tatsächlich nur eine Frist von zehn Tagen zum Höhergebot angesetzt worden war, und ob allenfalls auch die Gläubiger rechtzeitig vor dem Erlass der fraglichen konkursamtlichen Verfügung Kenntnis vom geplanten Freihandverkauf und von dem der Konkursverwaltung vorliegenden Kaufangebot hatten.

Dr. iur. Daniel Hunkeler, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Schumacher Baur Hürlimann, Zürich.

| | |
|------------------------|---|
| Rechtsgebiet | SchKG |
| Erschienen in | Jusletter 11. Februar 2002 |
| Zitiervorschlag | Daniel Hunkeler, Recht zum Höhergebot beim Freihandverkauf im Konkurs, in: Jusletter 11. Februar 2002 [Rz] |
| Internetadresse | http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1532 |