

Kurt Stöckli

# Öffentliche Beurkundung zulasten der Gläubiger

**Die bisherige Praxis der Konkursämter, bei Freihandverkäufen von Liegenschaften in Konkursverfahren den Kaufvertrag immer noch notariell beurkunden zu lassen, ist vom Bundesgericht korrigiert worden.**

## Die Ausgangslage

1980 hat das Bundesgericht entschieden, dass ein Freihandverkauf einer Liegenschaft im Rahmen eines Konkursverfahrens wie die öffentliche Steigerung ein Institut der Zwangsvollstreckung ist. Im Unterschied zur öffentlichen Steigerung müsse aber der Freihandverkauf, um gültig zu sein, nach wie vor öffentlich beurkundet werden<sup>1</sup>. Im Rahmen der SchKG-Revision<sup>2</sup> hat der Gesetzgeber neu auch die Möglichkeit des freihändigen Verkaufs von Liegenschaften im Rahmen eines Grundpfandverwertungsverfahrens eingeführt, ohne allerdings die Frage nach der öffentlichen Beurkundung zu beantworten<sup>3</sup>. Schon früh hat die herrschende Lehre die Meinung vertreten, dass unter den gegebenen Voraussetzungen der freihändige Verkauf von Grundstücken in der Zwangsverwertung nicht mehr öffentlich beurkundet werden müsse<sup>4</sup>. Diese Ansicht wurde am 31. Oktober 1997 durch einen Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern bestätigt<sup>5</sup>.

## Die Reaktion der Betreibungs- und Konkursämter

Die Reaktion der Betreibungs- und Konkursämter der deutschen Schweiz fiel sowohl in geographischer wie auch in sachlicher Hinsicht unterschiedlich aus. Die meisten Betreibungs- und Konkursämter

ausserhalb des Kantons Bern liessen sich weder von den Argumenten der herrschenden Lehre noch vom Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern überzeugen: sie beharrten nach wie vor, sowohl im Rahmen von Grundpfandverwertungsverfahren wie auch von Konkursverfahren, darauf, dass sämtliche Freihandverkäufe öffentlich beurkundet wurden. Die Betreibungs- und Konkursämter des Kantons Bern akzeptierten den Entscheid der eigenen Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (ob das auch der Fall gewesen wäre, wenn der Entscheid z.B. von der Zürcher Justizdirektion gefällt worden wäre, kann hier offen bleiben) und verzichteten im Rahmen von Grundpfandverwertungsverfahren auf die öffentliche Beurkundung. Bei Konkursverfahren stützen sich die bernischen Konkursämter aber immer noch auf die

alte Praxis des Bundesgerichts<sup>6</sup>, wonach eine öffentliche Beurkundung zwingend notwendig sei<sup>7</sup>.

## Beurteilung dieser Praxis

Was für den Freihandverkauf im Grundpfandverwertungsverfahren gilt, muss zweifellos auch für den Freihandverkauf im Konkursverfahren gelten. So kann ein Freihandverkauf gem. Art. 128/1 VZG<sup>8</sup>, selbst im Falle der Dringlichkeit, erst stattfinden, nachdem das Kollokationsverfahren (das Lastenverzeichnis bildet einen Bestandteil des Kollokationsplanes<sup>9</sup>) durchgeführt und allfällige Kollokationsprozesse rechtskräftig erledigt sind. Zudem müssen die beteiligten Pfandgläubiger zugestimmt<sup>10</sup> und im ordentlichen Konkursverfahren die zweite Gläubigerversammlung den Freihandverkauf beschlossen haben. Der einzige Unterschied



Kurt Stöckli  
Fürsprecher in Bern  
Partner Transliq AG, Bern/Zürich

<sup>1</sup> BGE 106 III 79

<sup>2</sup> in Kraft ab 1.1.1997

<sup>3</sup> Art. 143b SchKG

<sup>4</sup> vgl. statt vieler HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ im Basler SchKG-Kommentar, N. 57-65 zu Art. 143b mit Hinweisen

<sup>5</sup> publ. in IWIR 1998, 34 ff.

<sup>6</sup> BGE 106 III 79

<sup>7</sup> Brief des regionalen Konkursamtes Emmental-Oberaargau vom 24.8.2001

<sup>8</sup> Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (SR 281.42)

<sup>9</sup> Art. 125/2 VZG

<sup>10</sup> Art. 256/2 SchKG

zum Grundpfandverwertungsverfahren besteht im wesentlichen darin, dass im Konkursverfahren nicht mindestens der Schätzungspreis geboten werden muss. Dafür ist zwingend Art. 256/3 SchKG anzuwenden, wonach Grundstücke nur freihändig verkauft werden dürfen, wenn die Gläubiger vorher die Gelegenheit erhalten haben, höhere Angebote zu machen. Diese Bestimmung gilt im übrigen auch im Summarverfahren<sup>11</sup>. Der Freihandverkauf ist, wie die Grundpfandverwertung, analog den für die Versteigerung geltenden Regeln abzuwickeln. Die Praxis der bernischen Konkursämter ist umso unverständlicher, als sämtliche Grundbuchämter im Kanton Bern die öffentliche Beurkundung nicht mehr verlangen, weder in den Konkurs- noch in den Nachlassverfahren (mit Vermögensabtretung)<sup>12</sup>.

### Konsequenzen dieser Praxis für die Gläubiger

Die Konkursämter sind verpflichtet, die von ihnen genehmigten Freihandverkäufe zu protokollieren. Zudem haben sie eine schriftliche Verkaufsverfügung zu erlassen<sup>13</sup>. Bei der bisherigen Praxis kommen

die Kosten der öffentlichen Beurkundung, die, je nach Kanton, erheblich sein können, noch dazu. Der Wille des Gesetzgebers war es, für den Freihandverkauf ein kostengünstiges Verfahren zu ermöglichen. Wenn aber für die gleiche Arbeit mehr als doppelt (Notariatstarife) soviel bezahlt werden muss, so ist diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt. Realitätsfremd ist auch der Hinweis eines bernischen Konkursamtes, wonach der Grundpfandgläubigerin aus der Verwertung mit Hilfe eines Notars keine zusätzlichen Kosten erwachsen, wenn der Käufer diese Kosten zu tragen habe. Erstens hat auch der Käufer einen Anspruch darauf, dass der Freihandverkauf in einem kostengünstigen Verfahren abgewickelt wird und keine unnötigen Akte vorgenommen werden. Und zweitens ist der Grundpfandgläubiger in jedem Fall betroffen, weil die zu tragenden Notariatskosten regelmässig den Kaufpreis mitbeeinflussen.

### Ende gut, alles gut?

Am 24. Januar 2002 hatte das Bundesgericht<sup>14</sup> endlich Gelegenheit, sich wieder zur Frage der öffentlichen Beurkundung

im Rahmen eines Konkursverfahrens zu äussern. Der für die Gläubiger erfreuliche Entscheid lässt kaum mehr Zweifel offen: Das Bundesgericht schloss sich der herrschenden Lehre an und stellte fest, dass es beim Freihandverkauf für die Eintragung im Grundbuch genügt, wenn dieser, wie bei einer Versteigerung, in einem Protokoll festgehalten wird. Die bisherige Rechtsprechung von BGE 106 III 79 wurde ausdrücklich aufgegeben. Inskünftig werden die Konkursämter demnach Freihandverkaufsverfügungen, die im wesentlichen dem Aufbau von Steigerungsbedingungen folgen können, erstellen müssen. Die Frage zum Schluss bleibt dennoch bestehen: Wie schnell werden sich die Konkursämter (und die Notare) auf diese längstens bekannte, jetzt endlich auch vom Bundesgericht klar gestellte Situation einstellen?

<sup>11</sup> vgl. AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 1997, N. 10 zu § 49, S. 401

<sup>12</sup> PFÄFEL, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, 1999, N. 254, S. 59

<sup>13</sup> vgl. AMONN/GASSER, a.a.O., N. 75, S. 245

<sup>14</sup> BGE 7B.256/2001/FYC/frs vom 24.1.2002