

Philipp Possa

Die Freihandverkaufsverfügung

Die Auswirkungen der Liegenschaftsverwertung mittels Freihandverkaufsverfügung auf den Eigentumsübergang im Konkurs- und Nachlassverfahren

In BGE 128 III 104 hat das Bundesgericht festgehalten, dass bei Freihandverkaufsverfügungen von Liegenschaften in Konkursverfahren keine notarielle Beurkundung des Kaufvertrages erfolgen muss. In dieser grundlegenden Entscheidung hat es ausserdem festgestellt, dass der Eigentumserwerb beim freihändigen Verkauf von Liegenschaften im Rahmen der Zwangsvollstreckung originär erfolgt wie bei der Versteigerung. Der Eintrag ins Grundbuch hat lediglich deklaratorischen Charakter.

1. Der Freihandverkauf im Schuld- betreibungs- und Konkursrecht

Im Rahmen der SchKG-Revision ist vom Gesetzgeber neu auch die Möglichkeit des freihändigen Verkaufs von Liegenschaften im Rahmen eines Grundpfandverwertungsverfahrens eingeführt worden (Art. 143b SchKG). Die Möglichkeit der freihändigen Verwertung war vor der SchKG-Revision im Rahmen des Konkursverfahrens bereits vorgesehen (Art. 256 Abs. 1 SchKG) und ist im Rahmen der Revision ebenfalls ergänzt worden. Schon in BGE 106 III 79 hatte das Bundesgericht festgestellt, dass der Freihandverkauf einer Liegenschaft im Rahmen eines Konkursverfahrens wie die öffentliche Steigerung ein Institut der Zwangsvollstreckung ist. Allerdings erklärte das Bundesgericht, dass im Unterschied zur öffentlichen Versteigerung der Freihandverkauf noch öffentlich beurkundet werden müsse, um gültig zu sein. Von dieser Praxis ist das Bundesgericht in BGE 128 III 104 abgekommen. Seit diesem Entscheid müssen die Grundbuchämter die Eigentumsübertragung bereits aufgrund der schriftlichen Freihandverkaufsverfügung vornehmen.

2. Der Eigentumsübergang im Rahmen des Freihandverkaufs allgemein

In seinem Entscheid vom 31. Oktober 1997 kam die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern zum Schluss, dass der Eigentumserwerb aufgrund einer Freihandverkaufsverfügung einen Tatbestand des konstitutiven Eigentumserwerbs gemäss Art. 18 Abs. 2 lit. f GBV darstelle. Es legte seinem Entscheid die Erläuterungen des Eidgenössischen Amt für Grundbuch- und Bodenrecht zugrunde. Als ausserbuchlichen Rechtsgrundausweis ging es vom richterlichen

Urteil aus (Art. 656 Abs. 2 ZGB, Art. 18 Abs. 2 lit. d GBV) und erklärte, dass diese Bestimmung restriktiv auszulegen sei, weshalb nicht jede Verwaltungsverfügung einem richterlichen Urteil gleichzusetzen sei, weil oftmals die verfügende Behörde weder die Unabhängigkeit eines Richters besitze noch der Verfügung dieselbe Publizitätswirkung zukomme wie einem in einer öffentlichen Verhandlung. «Aus diesem Grund hat nicht jede Verwaltungsverfügung (z.B. der Freihandverkauf gemäss revidiertem SchKG) einen ausserbuchlichen Eigentumserwerb zur Folge. In der Grundbuchverordnung wird deshalb neu der Tatbestand des konstitutiven Eigentumserwerbs durch Eintragung aufgenommen, der aufgrund einer Verwaltungsverfügung beruht.» Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern schloss sich dieser Meinung an und erklärte ebenfalls, dass Art. 18 Abs. 1 lit. f GBV unter anderem im Hinblick auf den Freihandverkauf gemäss revidiertem SchKG eingefügt worden sei. Dieser Artikel besagt, dass wenn zum Eigentumserwerb der Grundbucheintrag konstitutiv ist (Art. 656 Abs. 1 ZGB), der Ausweis für die Eigentumsübertragung im Falle einer Verfügung einer Verwaltungsbehörde durch die rechtskräftige Verfügung erfolgt.



Philipp Possa
lic. iur., Partner Transliq AG

Diese Ansicht erstaunt insofern, als dass man die Freihandverkaufsverfügung zu erst einem richterlichen Urteil gegenüberstellt, obwohl Art. 656 Abs. 2 ZGB neben dem richterlichen Urteil explizit vorsieht, dass bei der *Zwangsvollstreckung* der Erwerber das Eigentum schon vor der Eintragung des Eigentums erlangt, aber im Grundbuch erst dann über das Grundstück verfügen kann, wenn die Eintragung erfolgt ist und somit eine gesetzliche Bestimmung enthält. Der anschliessende Bezug auf Art. 18 Abs. 1 lit. f GBV kommt somit nicht zum Tragen.

Abs. 1 von Art. 18 GBV erwähnt die notwendigen Ausweise bei der buchlichen und Abs. 2 desselben Artikels diejenigen bei der ausserbuchlichen Eigentumsübertragung. Bei der *Zwangsvollstreckung* als originärer und somit ausserbuchlichen Eigentumsübertragung gilt als Ausweis für die Eintragung die «Bescheinigung des Zuschlags, mit der Ermächtigung der Eintragung» (Art. 18 Abs. 2 lit. c GBV). Dies deutet zwar darauf hin, dass der Gesetzgeber vor allem an die traditionelle *Zwangsvollstreckungsart* der Versteigerung gedacht hat («Zuschlag»). Wie bereits oben erwähnt, hat aber das Bundesgericht schon in BGE 106 III 79 festgestellt, dass der Freihandverkauf im Rahmen des Konkursverfahrens ein Institut der *Zwangsvollstreckung* ist, was eigentlich zur Schlussfolgerung führen müsste, dass auch die Verwertung im Rahmen der Freihandverkaufsverfügungen einen originären Eigentumsübergang zur Folge hat. Die Grundbucheintragung müsste somit bei einer Verwertung im Rahmen einer Freihandverkaufsverfügung rein deklaratorischen Charakter haben. Aus diesem Grund kommt Art. 18 Abs. 1 lit. f GBV nicht zur Anwendung.

3. Der Eigentumsübergang im Rahmen des Freihandverkaufs gemäss Bundesgericht

Das Bundesgericht stellt fest, dass die Steigerung und der Freihandverkauf sich zwar in der Preisbildung, aber nicht in der Rechtsnatur unterscheiden. Beides sind Arten der *Zwangsvollstreckung* und

stellen einen öffentlichrechtlichen Verwertungsakt dar, der mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde anfechtbar ist.

Seit dem Inkrafttreten von Art. 143b Abs. 2 SchKG hält das Argument, welches noch in BGE 106 III 79 Geltung hatte, nicht mehr Stand, dass die Steigerung und die freihändige Verwertung darum unterschiedlich zu behandeln sind, weil der Steigerung ein Vorverfahren vorausgeht. Die Bestimmung sieht nämlich vor, dass die freihändige Verwertung erst nach der Erstellung des Lastenverzeichnisses und gemäss den Verkaufsbedingungen gemäss Art. 135 bis 137 SchKG erfolgen kann. Bei einem Verkauf im Rahmen des Konkursverfahrens (Art. 256 Abs. 1 SchKG) erfolgt der Verkauf ohnehin erst nachdem die Konkursverwaltung das Lastenverzeichnis erstellt hat (Art. 26 und 58 Abs. 2 KOV) und gemäss den Verwertungsbestimmungen hinsichtlich Kaufsbedingungen, Zahlungsart (Art. 45 insb. Abs. 1 lit. a und e, 46ff. und 63 VZG). Diese Bestimmungen sind aufgrund des Verweises von Art. 259 und 130 SchKG auch im Konkursverfahren anwendbar.

Das zweite Argument, welches für eine unterschiedliche Handhabung vorgebracht wird, ist die öffentliche Kontrolle, welche im Rahmen der Steigerung besser gewährleistet würde. Dies ist gemäss dem Bundesgericht aber nicht relevant, denn die Steigerung ist nicht vorgesehen, um eine öffentliche Kontrolle zu ermöglichen, sondern um es einer so grossen Zahl von Teilnehmern wie möglich zu erlauben, an der Steigerung teilzunehmen.

Das Betreibungs- oder Konkursamt erstellt anlässlich des freihändigen Verkaufs ein Protokoll, welches den Schutz des öffentlichen Glaubens genießt (Art. 9 ZGB und 8 Abs. 2 SchKG). Dieses bildet den Legitimationsausweis, der den Erwerb des Eigentums des Verkaufsobjektes durch den Käufer bestätigt. Es handelt sich gemäss Bundesgericht um eine originäre Erwerbsart. Der Übergang des Eigentums erfolgt kraft Gesetzes durch die Verfügung des Betreibungsamtes oder der Konkursverwaltung. Der Eintrag ins Grundbuch hat rein deklaratorischen Charakter (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Das Betreibungsamt oder die Konkursverwaltung müssen

auch im Rahmen der freihändigen Verwertung von Amtes wegen die Eigentumsübertragung dem Grundbuch melden (Art. 66 VZG). Sie können ausserdem nur denjenigen als neuen Eigentümer eintragen lassen, dem das Objekt auch zugeschlagen worden ist (Art. 67 VZG).

4. Der Eigentumsübergang im Rahmen des Freihandverkaufs während des Nachlassverfahrens

4.1. Nachlassstundung

Mit der Gewährung der Nachlassstundung durch den Nachlassrichter kann der Nachlassschuldner ohne Ermächtigung des Nachlassrichters nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussern oder belasten, Pfänder bestellen, Bürgschaften eingehen oder unentgeltliche Verfügungen treffen (Art. 298 Abs. 1 und 2 SchKG). Zum ermächtigungsbedürftigen Anlagevermögen gehören insbesondere Immobilien. Der Nachlassrichter wird vor der Erteilung die Stellungnahme des Sachwalters einholen, resp. der Sachwalter wird in seinem Gesuch an den Nachlassrichter darlegen, weshalb ein Verkauf sich bereits während der Nachlassstundung aufdrängt. Der Sachwalter hat während der Nachlassstundung regelmässig nur eine Aufsichtsfunktion. Der Nachlassrichter kann aber auch anordnen, dass gewissen Handlungen rechtsgültig nur unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können, oder den Sachwalter sogar ermächtigen, die Geschäftsführung anstelle des Schuldners zu übernehmen (Art. 298 Abs. 1 SchKG).

Wenn nun eine Liegenschaft nach erfolgter Ermächtigung durch den Nachlassrichter verkauft wird, tritt als Verkäufer der Nachlassschuldner auf. Der Verkauf erfolgt somit durch einen notariell beurkundeten Kaufvertrag und nicht mittels einer Freihandverkaufsverfügung, weil eben der Schuldner noch Verkäufer ist und nicht eine Nachlassmasse, welche namentlich beim Liquidationsvergleich erst mit Bestätigung des Nachlassvertrages entsteht. Selbst wenn der Sachwalter als Organ die Geschäftsführung des Schuld-

ners übernehmen muss, wird er anstelle des Schuldners handeln und den Kaufvertrag unterzeichnen und nicht einen öffentlichrechtlichen Verwertungsakt begründen. Dies hat somit zur Folge, dass während der Nachlassstundung und zwar unabhängig davon, ob ein ordentlicher Nachlassvertrag (Dividendenvergleich) oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) angestrebt wird, der Eigentumsübergang beim Verkauf einer Liegenschaft erst mit dem Eintrag ins Grundbuch erfolgt.

4.2. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich)

Mit der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung erlöschen das Verfügungsrecht des Schuldners und die Zeichnungsbefugnis der bisher Berechtigten. Es entsteht eine Aktiv- und Passivmasse. Die Liquidatoren haben alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse sowie zur allfälligen Übertragung des abgetretenen Vermögens gehörende Geschäfte vorzunehmen und sie vertritt auch die Masse vor Gericht. Im Handelsregister erhält die Firma des Schuldners den Zusatz «in Nachlassliquidation» (Art. 298 SchKG, Art. 64 Abs. 2 HRV).

Art. 322 SchKG hält ganz allgemein fest, dass die Aktiven durch freihändigen Verkauf oder öffentliche Versteigerung einzeln oder gesamthaft verwertet werden. Grundstücke, auf denen Pfandrechte lasten, können nur mit Zustimmung der Pfandgläubiger freihändig verkauft werden, deren Forderungen durch den Kaufpreis nicht gedeckt sind. Meist wird noch der Gläubigerausschuss seine Zustimmung zum freihändigen Verkauf erteilen müssen, da der Liquidator im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss die Art und den Zeitpunkt der Verwertung vorsieht (Art. 322 Abs. 2 SchKG). Sind diese Voraussetzung erfüllt, können die Liegenschaften somit mittels Freihandverkauf verwertet werden. Dies hat wie bei der Grundpfandverwertung oder im Konkursverfahren zur Folge, dass ein öffentlichrechtlicher Verwertungsakt vorgenommen wird, der den unmittelbaren Eigentumsübergang auf den Käufer zur

Folge hat. Der Verkauf wird protokolliert, resp. erst wird eine sog. Freihandverkaufsverfügung erstellt, welche die Verwertungsbestimmungen enthält. Wie bereits festgestellt, ist der freihändige Verkauf während des Nachlassliquidationsverfahrens ebenfalls ein Institut der Zwangsvollstreckung und eine unterschiedliche Beurteilung zum Konkurs betr. des Eigentumsüberganges rechtfertigt sich nicht. Die Bestimmungen über den Konkurs können bei der Verwertung somit im allgemeinen analog angewendet werden. Indessen ist die analoge Anwendung von Art. 256 Abs. 3 SchKG (höheres Angebot) beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zu verneinen, da Art. 323 Abs. 1 SchKG die freihändige Verwertung nur von der Zustimmung des zu Verlust kommenden Grundpfandgläubigers abhängig macht. Allerdings hat bereits das Bundesgericht selbst beim Konkursverfahren festgestellt, dass die Zustimmung der Pfandgläubiger und der übrigen Konkursgläubiger nicht erforderlich ist, wenn der Erlös aus dem Freihandverkauf ausreicht, um sie vollständig zu befriedigen (BGE 73 III 32, 88 III 39).

5. Der Zeitpunkt des Rechtsübergangs

Es stellt sich die Frage, ob für den Zeitpunkt des Rechtsübergangs der Erlass der Freihandverkaufsverfügung massgebend ist, oder ob dieser erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft erfolgt.

Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken vollzieht sich der Eigentumserwerb unmittelbar mit dem Zuschlag (BGE 117 III 43, Art. 656 Abs. 2 ZGB, Art. 66 Abs. 1 VZG). Somit tritt der Rechtsübergang vor der formellen Rechtskraft des Zuschlags ein. Da die Zwangsversteigerung und der freihändige Verkauf Mittel der Zwangsvollstreckung sind und der freihändige Verkauf zum grossen Teil gleich behandelt wird wie die Zwangsversteigerung, erfolgt auch beim Freihandverkauf der Eigentumsübergang mit dem Erlass der Freihandverkaufsverfügung. Ausnahmen dazu kann es geben,

wenn die Verfügung des Freihandverkaufs an gewisse Bedingungen verknüpft. Bei Suspensivbedingungen i.S. von Art. 151 OR tritt der Rechtsübergang erst nach Eintritt der Bedingung ein, im Gegensatz zur Resolutivbedingung i.S. von Art. 154 OR, bei welcher der Eigentumsübergang sofort bei Erlass der Verfügung erfolgt und die Verfügung und somit der Übergang des Eigentums erst nachträglich dahinfällt.

Gemäss Bundesgericht (BGE 128 III 108) geht das Eigentum mit der protokollierte Verfügung durch das Konkursamt oder der Konkursverwaltung über, in welcher diese das Objekt demjenigen zuteilt, dessen Angebot berücksichtigt worden ist («que la propriété est acquise par la décision, verbalisée, de l'office ou de l'administration de faillite d'attribuer l'objet à réaliser à celui dont l'offre a été retenue.»). Der Wortlaut deutet ebenfalls darauf hin, dass mit Erlass der Verfügung das Eigentum übergeht.

Gegen den Zuschlag bei der Zwangsversteigerung kann Beschwerde geführt werden (Art. 132a SchKG), ebenso wie gegen die Freihandverkaufsverfügung. Die gilt sowohl beim Freihandverkauf im Konkursverfahren (Art. 259 i.V.m. Art. 132a SchKG) als auch beim Nachlassliquidationsverfahren, wo Art. 132a SchKG ebenfalls zur Anwendung gelangen muss. Der Beschwerde kommt im Prinzip kein Suspensiveffekt zu (Art. 36 SchKG). Ausgenommen davon ist namentlich die Anfechtung des Zuschlags im Zusammenhang mit der Zwangsversteigerung von Grundstücken, wobei die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 66 Abs. 1 SchKG vorgesehen ist (BGE 129 III 100). Dies gilt ebenfalls für die Beschwerde gegen eine Freihandverkaufsverfügung.

Die Beschwerde wirkt, wenn die Beschwerde- oder Weiterziehungsinstanz nichts anderes anordnet, *ex tunc*, d.h. von dem Zeitpunkt an, da die Verfügung bzw. die Entscheidung, auf die sie sich bezieht, erlassen wurde (BGE 123 III 331). In BGE 129 III 100 hat das Bundesgericht erläutert, dass der Zuschlag eines Grundstücks die Wirkungen *ex nunc* von der Eröffnung des bestätigenden Beschwerdeentscheides an entfaltet, wenn es sachlich und ver-

nünftigerweise nicht möglich ist, auf alle mit diesem Aufschub gemäss Art. 66 VZG verbundenen Folgen zurückzukommen.

Der Grundsatz muss aber bleiben, dass der Rechtsübergang mit dem Zuschlag resp. dem Erlass der Freihandverkaufsverfügung erfolgt. Der Entscheid des Bundesgerichts muss in dem Sinne verstanden werden, dass ausnahmsweise, wenn es sachlich und vernünftigerweise nicht möglich ist, auf die mit dem Aufschub gemäss Art. 66 VZG verbundenen Folgen zurückzukommen, die Wirkung *ex nunc* eintritt, ansonsten aber auch bei der Beschwerde beim Zuschlag von Grundstücken von der Wirkung *ex tunc* ausgegangen werden muss. Die vom Bundesgericht resp. von der Aufsichtsbehörde vorgebrachten Gründe (da das Bundesgericht aufgrund von Art. 63 Abs. 2 und 81 OG an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden war) lassen erkennen, dass es sich bei dem zugrunde liegenden Entscheid um eine spezielle Konstellation gehandelt hat, die allenfalls eine Wirkung *ex nunc* rechtfertigen können. Die Aufsichtsbehörde ging davon aus, dass aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und der damit wieder notwendig gewordenen amtlichen Verwaltung, es sachlich und vernünftigerweise nicht mehr möglich war, auf die Wirkungen zurückzukommen und retroaktiv die zahlreichen direkten und indirekten Konsequenzen der amtlichen Verwaltung aufzuheben, wobei präzisiert wurde, dass die amtliche Verwaltung zahlreiche Verträge abgeschlossen oder verändert hatte und gewisse Früchte («fruits civils») kassiert hatte. Aufgrund der knappen Begründung ist es schwierig, Rückschlüsse auf Gründe

zu ziehen, die sachlich und vernünftigerweise dafür sprechen, eine Wirkung *ex nunc* anzunehmen. Die amtliche Verwaltung aufgrund einer Beschwerde stellt für sich allein sicher kein Grund dar, da auch bei einem Zuschlag oder Erlass einer Freihandverkaufsverfügung die amtliche Verwaltung faktisch nicht mit einem Tag auf den anderen aufhört, zumal der Kaufpreis oftmals erst im nachhinein vollständig bezahlt wird. Ausserdem stellt es keine Schwierigkeit dar, eine Abrechnung der Liegenschaft per Datum Steigerung oder Erlass der Freihandverkaufsverfügung zu erstellen und marchzählig abzurechnen. Der Eingang der Mietzinse kann ohne weiteres, nach Abzug der Liegenschaftsaufwendungen nach dem Zeitpunkt des Zuschlages resp. des Erlasses der Freihandverkaufsverfügung dem neuen Eigentümer zugerechnet werden. Ausserdem wird die Konkursverwaltung oder die Liquidatorin während einer laufenden Beschwerde wohl nur äusserst selten ohne Einholung der Zustimmung des Ersteigerers oder Käufers im Rahmen eines freihändigen Kaufs weitreichende materielle Entscheidungen treffen, da sie damit rechnen muss, dass die Beschwerde abgewiesen wird und der bisherige Interessent die Liegenschaft definitiv wird übernehmen können. Da als Regel der Eigentumsübergang beim Zuschlag resp. Erlass der Freihandverkaufsverfügung gelten soll, ist die vom Bundesgericht aufgezeigte Schranke restriktiv auszulegen und fallweise durch die Beschwerdeinstanz abzuwägen, inwiefern sich eine Wirkung *ex nunc* rechtfertigt.

Der Rechtsübergang beim Zuschlag resp. Erlass der Freihandverkaufsverfü-

gung rechtfertigt sich auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Beschwerde noch ein Jahr nach erfolgtem Zuschlag erfolgen kann (Art. 132a Abs. 3 SchKG), die Frist für die Beschwerdeberechtigten individuell läuft und der Kreis der Beschwerdeberechtigten gross ist. Der Eintritt der Rechtskraft lässt sich nur schwer feststellen, weshalb nebst rechtlichen auch praktische Gründe dafür sprechen, den Eigentumsübergang auf den Zuschlag, resp. den Erlass der Freihandverkaufsverfügung abzustellen.

Zu unterscheiden ist der Eigentumsübergang vom Übergang von Nutzen und Gefahr. Bei der Zwangsversteigerung geht Nutzen und Gefahr ebenfalls mit dem Zuschlag über (Art. 48 VZG, 130 VZG). Bei der Freihandverkaufsverfügung kann Nutzen und Gefahr ebenfalls gleichzeitig mit dem Eigentumsübergang übergehen. Allerdings kann die Freihandverkaufsverfügung diesbezüglich auch eine andere Regelung treffen.

Es kann zusammenfassend festgehalten werden, dass der Eigentumsübergang beim freihändigen Verkauf von Liegenschaften mit dem Erlass der Freihandverkaufsverfügung erfolgt. Eine allfällige Beschwerde resp. der Beschwerdeentscheid hat auch bei aufschiebender Wirkung zur Folge, dass dieser grundsätzlich seine Wirkungen *ex tunc*, d.h. vom Zeitpunkt des Erlasses der Freihandverkaufsverfügung entfaltet. Nur ausnahmsweise hat der Beschwerdeentscheid Wirkungen *ex nunc* wenn sachlich und vernünftigerweise nicht mehr auf alle mit dem Aufschub der Wirkungen gemäss Art. 66 VZG verbundenen Folgen zurückgekommen werden kann.