

**Obergericht
des Kantons Bern**

Aufsichtsbehörde in Betrei-
bungs- und Konkursachen

**Cour suprême
du canton de Berne**

Autorité de surveillance
en matière de poursuite
et de faillite

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 04
Fax +41 31 635 48 14
aufsichtsbehoerdeschg.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ABS 16 422

Bern, 1. Februar 2017

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichter D. Bähler und Ober-
richterin Grütter
Gerichtsschreiberin Peng

Verfahrensbeteiligte

A._____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. B._____
Beschwerdeführerin

gegen

Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-
Oberaargau, Jurastrasse 22, 4900 Langenthal

Gegenstand

Beschwerde (SchKG 17)



Regeste:

Spezialliquidation nach Art. 230a Abs. 2 SchKG

Schicksal eines Mietzinsdepots im Konkurs des Mieters (E. 14).

Nach Einstellung des Konkurses über eine juristische Person mangels Aktiven erfolgt die Liquidation von verpfändeten Vermögenswerten der Konkursmasse auf Verlangen eines Pfandgläubigers nach Art. 230a Abs. 2 SchKG. Anwendbarkeit der Regeln des summarischen Konkursverfahrens für die Spezialliquidation des Pfandes. Erstellung eines Kollokationsplans (E. 15 und 16).

Erwägungen:

1. Mit Vertrag vom 28. April 2015 mietete die C._____ GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) bei der A._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) eine Gewerbeliegenschaft inkl. Inventar am D._____weg 1 in E._____. Für dieses Mietverhältnis wurde ein Mieterkautionssparkonto mit einer Einlage von CHF 117'000.00 bei der Raiffeisenbank F._____ (nachfolgend: Raiffeisenbank) errichtet (Mieterkautionssparkonto Nr. _____; Beschwerdebeilage [BB] 2).
2. Das Regionalgericht Emmental-Oberaargau eröffnete am 11. Februar 2016 den Konkurs über die Schuldnerin (Vernehmlassungsbeilage [VB] 1).
3. Am 6. Mai 2016 meldete die Beschwerdeführerin beim Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Konkursamt), eine Forderung im Umfang von CHF 22'960.90 an (VB 6). Sie teilte dem Konkursamt mit E-Mail vom 7. Juli 2016 mit, dass sie zwischenzeitlich von der Versicherung einen Betrag von CHF 6'416.40 erhalten habe und somit nur noch eine Restanz von CHF 16'544.50 verbleibe.
4. Mit Entscheid vom 5. September 2016 (VB 4) wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt. Die Einstellung des Konkursverfahrens wurde öffentlich publiziert. Innert der angesetzten Frist bis zum 2. Oktober 2016 leistete kein Gläubiger den geforderten Kostenvorschuss zur Durchführung des Verfahrens.
5. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2016 (BB 3) informierte das Konkursamt die Beschwerdeführerin darüber, dass es die Ausstände aus dem Mietverhältnis geprüft habe. Es anerkannte ausstehende Beträge im Umfang von CHF 7'338.90. Weiter erklärte das Konkursamt, dass der Betrag von CHF 8'523.70 für Anwalts-, Partei- und Verfahrenskosten nicht durch die Mietzinskaution gedeckt sei. Die Mietzinskaution decke nur Ansprüche, welche in direktem Zusammenhang mit der Mietsache entstehen würden.
6. Am gleichen Tag teilte das Konkursamt der Raiffeisenbank mit, dass der Betrag von CHF 7'338.90 vom Mieterkautionssparkonto an die Beschwerdeführerin aus-

bezahlt werden könne. Den Restbetrag könne die Raiffeisenbank mit der offenen Forderung aus dem Kontokorrent verrechnen (VB 8).

7. Auf die in der Folge von der Beschwerdeführerin gegen die Nichtberücksichtigung des Betrages von CHF 8'523.70 erhobenen Einwände ging das Konkursamt nicht ein. Mit Schreiben vom 23. November 2016 (BB 4) führte das Konkursamt aus, dass es an seinem Entscheid vom 6. Oktober 2016 festhalte. Der Beschwerdeführerin stehe es jederzeit frei, wegen Rechtsverweigerung Beschwerde zu erheben. Es brauche dafür keine anfechtbare Verfügung.
8. Mit Eingabe vom 13. Dezember 2016 (Postaufgabe am gleichen Tag) gelangte die Beschwerdeführerin an die kantonale Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen. Sie stellte den Antrag, das Konkursamt sei anzuweisen, den Betrag von CHF 8'523.70 an sie auszubezahlen. Die Beschwerdeführerin brachte vor, dass aus Ziff. 4 des Mieterkautionssparkonto-Vertrages hervorgehe, dass die Einlage von CHF 117'000.00 zur Sicherstellung aller aus dem Mietverhältnis und der Schlussabrechnung entstehenden Ansprüche des Vermieters diene. Somit seien nicht nur die direkten Kosten durch die Mietzinskaution gedeckt. Die Verweigerung der Auszahlung des Betrages von CHF 8'523.70 sei somit unrechtmässig.
9. In seiner Vernehmlassung vom 22. Dezember 2016 stellte das Konkursamt den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen. Es verwies dabei im Wesentlichen auf die Ausführungen in seinem Schreiben vom 6. Oktober 2016 (vgl. E. 5 oben). Weiter gab das Konkursamt an, dass auch bei Durchführung des summarischen Konkursverfahrens die Pfandsicherheit am Guthaben des Mieterkautionssparkontos bezüglich des umstrittenen Betrages von CHF 8'523.70 abgewiesen worden wäre.
10. Am 14. Januar 2017 teilte die Raiffeisenbank der Aufsichtsbehörde mit, dass das Mieterkautionssparkonto noch nicht aufgelöst worden sei. Der Betrag von CHF 7'338.90 sei bereits an die Beschwerdeführerin ausbezahlt worden.
11. Die Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde als Beschwerdeinstanz ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) i.V.m. Art. 10 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (EGSchKG; BSG 281.1).
12. In seinem Schreiben vom 23. November 2016 wies das Konkursamt die Beschwerdeführerin darauf hin, dass sie jederzeit wegen Rechtsverweigerung Beschwerde erheben könne. Weil das Konkursamt bezüglich des umstrittenen Betrages von CHF 8'523.70 entschieden hat, dass er nicht ausbezahlt werde, liegt jedoch keine Rechtsverweigerung, sondern eine abweisende Verfügung vor. Es ist fraglich, ob bereits das Schreiben vom 6. Oktober 2016 (vgl. E. 5 oben) als anfechtbare Verfügung zu qualifizieren ist. Spätestens beim Schreiben vom 23. November 2016, worin der Entscheid vom 6. Oktober 2016 bestätigt und auf die Beschwerdemöglichkeit hingewiesen wird, handelt es sich jedoch um eine anfechtbare Verfügung.
- 13.

- 13.1 Nach Art. 17 Abs. 2 SchKG muss eine Beschwerde innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme der Verfügung angebracht werden. Die Verfügung vom 23. November 2016 wurde der Beschwerdeführerin am 25. November 2016 zugestellt (vgl. Sendungsverfolgung Nr. 98.34.148464.05087848, E-Mail des Konkursamtes vom 27. Januar 2017). Damit hat sie mit ihrer Eingabe vom 13. Dezember 2016 (Postaufgabe am selben Tag) grundsätzlich die zehntägige Beschwerdefrist verpasst.
- 13.2 Mit Schreiben vom 23. November 2016 hat das Konkursamt der Beschwerdeführerin die Auskunft gegeben, dass sie jederzeit Beschwerde erheben könne. Es stellt sich die Frage, welche Folgen diese falsche Auskunft hat.
- 13.2.1 Die unrichtige Auskunft des Konkursamtes beinhaltet dem Sinn nach eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung. Aus einer falschen Rechtsmittelbelehrung darf niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen (vgl. Art. 11 Abs. 3 EGSchKG i.V.m. Art. 44 Abs. 6 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Auf eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung darf sich allerdings nur derjenige verlassen, der deren Unrichtigkeit nicht kannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte kennen müssen. Es vermag jedoch nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihres Anwaltes eine falsche Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. In welchem Fall der Prozesspartei eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2 S. 376 f. mit Hinweisen). Weil das Schreiben vom 23. November 2016 an die Beschwerdeführerin und nicht an ihren Anwalt adressiert war, durfte sie sich als juristische Laiin auf die falsche Rechtsmittelbelehrung verlassen. Wenn die Beschwerdeführerin auf die Angaben des Konkursamtes vertraut und diese nicht überprüft hat, liegt darin keine Unsorgfalt, die es nicht zuliesse, das Vertrauen auf die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung zu schützen.
- 13.2.2 Wer wegen falscher Rechtsmittelbelehrung eine Frist verpasst hat, kann die Wiederherstellung verlangen, wenn ihm selber keine Sorgfaltspflichtverletzung oder kein treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden muss. Statt von der Beschwerdeführerin die Einreichung eines förmlichen Wiederherstellungsgesuches zu verlangen, macht es aus prozessökonomischen Gesichtspunkten mehr Sinn, die Beschwerde vom 13. Dezember 2016 als rechtzeitig entgegenzunehmen (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, N. 12 zu Art. 43 VRPG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.
14. Die Hinterlegung eines Mietzinsdepots bei einer Bank ist von Gesetzes wegen als Hinterlegung sicherungshalber ausgestaltet, wobei dem Vermieter als Sicherheit ein Pfandrecht zusteht. Die sicherungshalber hinterlegten Vermögenswerte fallen im Konkurs des Mieters in dessen Konkursmasse (Art. 197 f. SchKG; HANS GIGER, Berner Kommentar, 2015, N. 43 zu Art. 257e OR; FRANCO LORANDI, Mietverträge im Konkurs des Mieters, mp 1998 S. 19 f.). Dabei kann der Vermieter sein Pfandrecht auch im Konkurs weiterhin geltend machen (Art. 198 und Art. 219 Abs. 1 SchKG).

15. Befinden sich in der Konkursmasse einer juristischen Person verpfändete Werte und ist der Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden, so kann jeder Pfandgläubiger beim Konkursamt die Verwertung seines Pfandes beantragen (Art. 230a Abs. 2 SchKG). Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine juristische Person. Wie oben dargelegt (E. 14 oben), fällt das Mietzinsdepot im Konkurs des Mieters in dessen Konkursmasse, wobei das Pfandrecht des Vermieters bestehen bleibt. In der Konkursmasse der Schuldnerin befinden sich also verpfändete Werte. Zudem wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt (E. 4 oben). Die Voraussetzungen von Art. 230a Abs. 2 SchKG liegen damit vor.
16. Es ist auch unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Auflösung des Mieterkautionssparkontos verlangt hat (vgl. E. 3 oben). Bei der Verwertung nach Art. 230a Abs. 2 SchKG handelt es sich ihrem Wesen nach um eine Spezialexécution (und zwar um eine Pfandverwertung), welche im Kleid der Generalexécution (nämlich des Konkursrechts) durchgeführt wird (FRANCO LORANDI, Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven [Art. 230a SchKG], AJP 1999 S. 42 [nachfolgend zit. LORANDI, Art. 230a SchKG]). Für die Spezialliquidation des Pfandes sind grundsätzlich die Regeln über das summarische Konkursverfahren anwendbar. Das Verfahren ist – da keine ungesicherten Gläubiger beteiligt sind – auf die am Pfandobjekt interessierten Personen beschränkt (vgl. BGE 97 III 34 E. 3 S. 38 = Pra 60 Nr. 180 S. 573). Sobald das Begehren eines Pfandgläubigers auf Pfandverwertung eingeht, hat das Konkursamt bei Grundstücken ein Lastenverzeichnis und bei Faustpfandgegenständen einen Kollokationsplan zu erstellen (DOMINIK GASSER, Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, 2000, S. 61; LORANDI, Art. 230a SchKG, a.a.O., S. 43; ROGER SCHÖBER, in: Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 12 zu Art. 230a SchKG). Zur Erstellung des Kollokationsplanes untersucht das Konkursamt die angemeldeten Forderungen in erster Linie anhand der eingereichten Beweismittel (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 46 Rz. 8). Gegenstand der Kollokation bildet nicht die abschliessende zivilrechtliche Beurteilung nach Bestand und Umfang des eingegebenen Anspruchs, sondern inwieweit dieser betreffend Umfang und Rang im Konkurs – bzw. in der «konkursrechtlichen Spezialliquidation» (Urteil des Bundesgerichts 5A_272/2016 vom 4. August 2016 E. 2.1) – berücksichtigt wird (THOMAS SPRECHER, in: Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 245 SchKG).
17. Im vorliegenden Fall hätte das Konkursamt die Spezialliquidation gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG durchführen sollen, um das Mieterkautionssparkonto aufzulösen. Die Sache wird deshalb im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an das Konkursamt zurückgewiesen. Das Konkursamt wird angewiesen, einen Kollokationsplan im Rahmen der konkursrechtlichen Spezialliquidation zu erstellen. Falls die umstrittene Forderung von CHF 8'523.70 im Kollokationsplan abgewiesen wird, hat die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, Klage am Gericht des Konkursortes zu erheben (Art. 250 Abs. 1 SchKG).

18. Im betreibungs- und konkursrechtlichen Beschwerdeverfahren werden weder Gerichtskosten erhoben noch Parteientschädigungen gesprochen (Art. 20a SchKG und Art. 61 Abs. 2 sowie Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [GebV SchKG; SR 281.35]).

Die Aufsichtsbehörde entscheidet:

1. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an das Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau, zurückgewiesen.
2. Das Konkursamt Emmental-Oberaargau, Dienststelle Emmental-Oberaargau, wird angewiesen, einen Kollokationsplan im Rahmen der Spezialliquidation nach Art. 230a Abs. 2 SchKG zu erstellen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
 - der Raiffeisenbank F. _____
 - Betreibungs- und Konkursamt Emmental-Oberaargau

Bern, 1. Februar 2017

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Peng

Rechtsmittelbelehrung

Gegen den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen kann innert zehn Tagen nach der Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde erhoben werden. Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung durch die kantonale Aufsichtsbehörde ist die Beschwerde jederzeit zulässig (Art. 72 Abs. 2 Bst. a, Art. 95 ff., Art. 100 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Die Beschwerden sind an die folgende Adresse einzureichen: Schweizerisches Bundesgericht, 1000 Lausanne 14.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.