

**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 17 12

Bern, 20. März 2017

Besetzung

Oberrichter Studiger (Präsident), Oberrichter Hurni und Oberrich-
terin Pfister Hadorn
Gerichtsschreiberin Peng

Verfahrensbeteiligte

A. _____ Genossenschaft (Bank)
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

**Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, Post-
strasse 25, 3071 Ostermundigen**

Gegenstand

Beschwerde (SchKG 17)



Regeste:

Vertragseintritt nach Art. 211 SchKG

Sowohl der Entschluss der Konkursverwaltung, einen Vertrag nach Art. 211 Abs. 2 SchKG zu erfüllen, wie auch die Bekanntgabe, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen, stellen keine mit Beschwerde anfechtbaren Verfügungen dar (E. 15).

Handlungen der Konkursorgane sind keine Betreuungshandlungen i.S. von Art. 56 SchKG (BGE 114 III 60 E. 2b S. 61; E. 16).

Erwägungen:

1. Am 29. November 2013 schlossen die C._____ AG (nachfolgend: Schuldnerin) und das Ehepaar D._____ einen Kaufrechtsvertrag mit Kaufsverpflichtung ab, der öffentlich beurkundet wurde. Darin verpflichtete sich das Ehepaar D._____, das Grundstück E._____ (Ortschaft) Gbbl. Nr. _____ (Einfamilienhaus) bis am 30. November 2016 zum Preis von CHF 790'000.00 zu kaufen (Beschwerdebeilage [BB] 2).
2. Am 7. Oktober 2015 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (BB 3).
3. Mit konkursamtlicher Liegenschaftsbewertung vom 22. Oktober 2015 (BB 5) wurde der Liegenschaftswert auf CHF 640'000.00 geschätzt.
4. Das Ehepaar D._____ nahm seine Kaufsverpflichtung bis am 30. November 2016 nicht wahr. Es informierte das Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland (nachfolgend: Konkursamt), darüber, dass es nicht kaufen werde (vgl. BB 1.2).
5. Die A._____ Genossenschaft (Bank) (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist Grundpfandgläubigerin des Grundstückes E._____(Ortschaft) Gbbl. Nr. _____. Sie wurde für den Betrag von CHF 839'916.45 im Lastenverzeichnis kolloziert (BB 4).
6. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2016 verlangte die Beschwerdeführerin, dass die Konkursverwaltung gemäss Art. 211 des Bundesgesetzes über Schuldbetreuung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) in den Kaufrechtsvertrag mit Kaufsverpflichtung eintrete (BB 6). Dies lehnte das Konkursamt am 21. Dezember 2016 ab (BB 1.1).
7. Ebenfalls am 21. Dezember 2016 teilte das Konkursamt dem Ehepaar D._____ mit, dass im Inventar folgender Anspruch aufgenommen werde:

Ansprüche unter allen Titeln und in unbestimmter Höhe aus dem Kaufrechtsvertrag mit Kaufsverpflichtung vom 29.11.2013, abgeschlossen zwischen der C._____ AG und F._____ / G._____.

Weiter führte das Konkursamt aus, das Ehepaar D. _____ sei nicht aus den vertraglichen Verpflichtungen entlassen (BB 1.2).

8.

8.1 Mit Eingabe vom 9. Januar 2017 (Postaufgabe am 10. Januar 2017) gelangte die Beschwerdeführerin an die kantonale Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Der Entscheid des Beschwerdegegners vom 21. Dezember 2016 (sei) aufzuheben, und es sei zu entscheiden, dass die Konkursmasse der C. _____ AG in den Kaufrechtsvertrag mit Kaufsverpflichtung vom 29. November 2013 mit Herrn und Frau D. _____ eintritt, und dies sei dem Ehepaar D. _____ zu eröffnen.
2. Eventuell sei der Entscheid des Beschwerdegegners vom 21. Dezember 2016 aufzuheben, und der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, namens der C. _____ AG in Liq. in den Kaufrechtsvertrag mit Kaufsverpflichtung vom 29. November 2013 einzutreten.

- Unter Kostenfolge -

8.2 Zur Begründung machte die Beschwerdeführerin geltend, dass sie aus zwei Gründen ein Interesse daran habe, dass am Vertrag festgehalten werde. Erstens belaufe sich die konkursamtliche Schätzung auf CHF 640'000.00 und damit auf CHF 150'000.00 weniger als der vertragliche Kaufpreis. Zweitens hänge eine weitere Forderung vom Vertragseintritt ab. In Ziff. IV/16 des Vertrages habe sich das Ehepaar D. _____ verpflichtet, zusätzlich zum Mietzins von CHF 1'700.00 pro Monat den Betrag von CHF 1'000.00 pro Monat zu bezahlen. Es sei vorgesehen gewesen, dass diese zusätzlichen Beträge an den Kaufpreis angerechnet würden und bei Nichtausübung der Kaufsverpflichtung in die Konkursmasse fallen sollten. Das Ehepaar D. _____ habe diesen monatlichen Betrag von CHF 1'000.00 nicht bis am 30. November 2016 bezahlt. Die Einforderung dieser Beträge setze ebenfalls voraus, dass die Konkursverwaltung in den Vertrag eintrete. Die Konkursverwaltung habe aber auch ein eigenes rechtliches Interesse am Vertragseintritt. Sie müsse nämlich die Rechte und Interessen der Gläubiger wahren. Diese Ausführungen würden klar zeigen, dass ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung vorliege, wenn am Vertrag nicht festgehalten werde.

8.3 Weiter brachte die Beschwerdeführerin vor, das Konkursamt habe die Frage aufgeworfen, ob die Kaufsverpflichtung im Konkurs überhaupt gültig sei. Gemäss Art. 51 der Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG; SR 281.42) könnten Vorkaufsrechte im Konkurs nicht ausgeübt werden. Diese Bestimmung verweise auf Art. 216 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR; SR 220), wo auch Kaufsrechte erwähnt seien. Art. 51 VZG betreffe jedoch nur Vorkaufsrechte und Kaufsrechte von Dritten gegenüber der Masse und nicht den umgekehrten Fall. Im umgekehrten (und vorliegenden) Fall habe die Konkursverwaltung die Möglichkeit des Vertragseintritts.

8.4 Schliesslich wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass im Entscheid BGE 105 III 11 festgehalten worden sei, dass es im Ermessen der Konkursverwaltung liege, ob sie Rechte aus einem Verkaufsversprechen freihändig veräussere, ob sie in den Vertrag eintreten oder ob sie versuchen wolle, den Vertrag rückgängig zu machen.

Im Fall BGE 105 III 11 sei es um ein übertragbares Kaufsrecht gegangen. Demzufolge sei es im Ermessen der Konkursverwaltung gelegen, die Art der Verwertung (Vertragseintritt, Veräusserung u.a.) zu wählen. Der vorliegende Fall betreffe das Recht der Konkursverwaltung, den Vollzug des Kaufvertrages zu fordern. Dieses Recht sei nicht verwertbar und übertragbar, weil es nur von der Schuldnerin ausgeübt werden könne. Die Übertragung solcher Rechte würde eine Auswechslung der Vertragspartei bedeuten, was nicht zulässig sei. Zudem könne der Vertrag mit Kaufsverpflichtung auch nicht an einen Erwerber des Grundstücks übertragen werden. Wenn das Grundstück konkursamtlich veräussert werde, erhalte der Erwerber zwar das Grundstück, trete aber nicht in den Vertrag ein. Verträge seien nicht übertragbar und verwertbar, sondern nur Ansprüche daraus. Damit vorliegend die Ansprüche überhaupt entstehen würden, müsse in den Vertrag eingetreten werden. Im Übrigen könne ein Zuwarten mit dem Vertragseintritt den Einwand des Ehepaars D._____ zur Folge haben, sie seien zu lange im Unklaren gelassen worden und sie hätten nun anderweitig disponiert, weshalb ihnen bei Geltendmachung des Vertrages ein Schaden entstehe, welcher zu verrechnen sei.

9.

9.1 Am 12. Januar 2017 (Postaufgabe am selben Tag) reichte die Beschwerdeführerin Ergänzungen zu ihrer Beschwerde vom 9. Januar 2017 ein. Neu stellte sie folgende Rechtsbegehren:

1. Der Entscheid des Beschwerdegegners vom 21. Dezember 2016 (sei) aufzuheben, und es sei zu entscheiden, dass die Konkursmasse der C._____ AG in den Kaufrechtsvertrag mit Kaufsverpflichtung vom 29. November 2013 mit Herrn und Frau D._____ eintritt, und dies sei dem Ehepaar D._____ zu eröffnen. Weiter sei dem Ehepaar D._____ Frist zur Erfüllung des Kaufrechtsvertrages mit Kaufsverpflichtung anzusetzen, und es sei nach unbenütztem Ablauf der Frist unverzüglich zu erklären, dass die Konkursmasse auf die nachträgliche Leistung verzichte und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlange (Art. 107 Abs. 2 OR).
2. Eventuell sei der Entscheid des Beschwerdegegners vom 21. Dezember 2016 aufzuheben, und der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, namens der C._____ AG in Liq. in den Kaufrechtsvertrag mit Kaufsverpflichtung vom 29. November 2013 einzutreten. Weiter habe der Beschwerdegegner dem Ehepaar D._____ Frist zur Erfüllung des Kaufrechtsvertrages mit Kaufsverpflichtung anzusetzen, und es sei nach unbenütztem Ablauf der Frist unverzüglich zu erklären, dass die Konkursmasse auf die nachträgliche Leistung verzichte und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlange (Art. 107 Abs. 2 OR).

- Unter Kostenfolge -

9.2 Die Beschwerdeführerin führte aus, dass die Ergänzungen noch innerhalb der Beschwerdefrist erfolgt seien. Sie präziserte ihre Beschwerde vom 9. Januar 2017 dahingehend, dass das Ehepaar D._____ den neben dem Mietzins geschuldeten zusätzlichen Betrag von CHF 1'000.00 pro Monat nur bis im Juli 2015 bezahlt habe. Demnach würden CHF 16'000.00 fehlen.

9.3 Neu stellte die Beschwerdeführerin in den Rechtsbegehren auch den Antrag, es sei dem Ehepaar D._____ Frist zur Erfüllung des Vertrages anzusetzen, und es sei

nach unbenütztem Ablauf unverzüglich die Erklärung abzugeben, dass die Konkursmasse auf die nachträgliche Leistung verzichte und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlange (Art. 107 Abs. 2 OR). Die Beschwerdeführerin machte geltend, das beschriebene Vorgehen sei Voraussetzung dafür, dass die Konkursmasse ihre Forderungen aus dem Vertrag durchsetzen könne. Ob die Fristansetzung nötig sei oder nicht, könne sie nicht beurteilen. Die Fristansetzung schade auf jeden Fall nicht.

- 9.4 Schliesslich brachte die Beschwerdeführerin vor, es sei fraglich, ob das Schreiben des Konkursamtes vom 21. Dezember 2016 eine Verfügung im Rechtssinne darstelle. Wenn dies verneint werde, liege Rechtsverweigerung vor. Dies wäre ebenfalls ein Beschwerdegegenstand.
9. Am 17. Januar 2017 ersuchte das Konkursamt um Fristerstreckung zur Einreichung der Vernehmlassung bis am 3. Februar 2017, welche bewilligt wurde.
- 10.
- 10.1 In seiner Vernehmlassung vom 23. Januar 2017 stellte das Konkursamt den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen.
- 10.2 Das Konkursamt führte aus, die Beschwerden – schon die erste Eingabe vom 9. Januar 2017 – seien verspätet erfolgt. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin würden im vorliegenden Fall die Gerichtsferien der Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) nicht gelten. Auch die Betreibungsferien würden nicht zur Anwendung kommen, da es nach der Konkurseröffnung keine Betreibungshandlungen mehr gebe. Weiter übersehe die Beschwerdeführerin, dass der angebliche «Entscheid» des Konkursamtes gar keine Verfügung darstelle. Bei den Verlautbarungen des Amtes im Zusammenhang mit der Realerfüllung eines Vertrages gehe es um rechtsgeschäftliches Handeln. Damit fehle auch ein Anfechtungsobjekt. Die Beschwerdeführerin habe dies offenbar nachträglich bemerkt, weshalb sie am 12. Januar 2017 Ergänzungen zur Beschwerde eingereicht habe. Darin rufe sie zusätzlich den unbefristeten Rügegrund der Rechtsverweigerung an. Auch diesbezüglich gehe die Beschwerdeführerin fehl. Vorliegend weigere sich das Amt nicht, eine Verfügung zu erlassen. Es gehe vielmehr um das Vorgehen des Amtes in einem Rechtsgeschäft. Der unmittelbar betroffene Vertragspartner dieses Rechtsgeschäfts könne sich gegen den «Entscheid» des Amtes, wie es vorgehe, mangels Verfügungsqualität nicht mit Beschwerde zur Wehr setzen. Dies müsse umso mehr für einen Konkursgläubiger gelten, weil dieser eine am betreffenden Rechtsgeschäft unbeteiligte Drittperson sei. Auf die Beschwerde sei damit nicht einzutreten.
- 10.3 Im Übrigen stellte sich das Konkursamt auf den Standpunkt, die Beschwerde sei auch materiell nicht begründet. Das Amt sei nicht verpflichtet, in einen Vertrag einzutreten. Es stehe dem Amt frei, dieses Ermessen auszuüben oder auch nicht. Um über das konkrete Vorgehen zu «entscheiden», sei jedes Vertragsverhältnis einzeln zu betrachten. Im vorliegenden Fall habe die Beschwerdeführerin ausdrücklich verlangt, das Ehepaar D. _____ zur Räumung der betreffenden Liegenschaft zu veranlassen. Dies habe erreicht werden können. Damit sei die Verwertung der Lie-

genschaft optimal vorbereitet worden. Gleichzeitig sei dem Ehepaar D. _____ mitgeteilt worden, dass es trotz Räumung nicht aus seinen vertraglichen Verpflichtungen entlassen sei. Damit seien allfällige Ansprüche gegen das Ehepaar D. _____ wegen möglicher Verletzung der Kaufsverpflichtung unmissverständlich vorbehalten worden. Wie diese Ansprüche geltend gemacht würden – ob durch das Amt selbst oder später durch einen allfälligen Abtretungsgläubiger – sei noch offen. Inwiefern dieses Vorgehen eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmissbrauch darstellen sollte, sei nicht ersichtlich.

11. Am 26. Januar 2017 reichte die Beschwerdeführerin Bemerkungen zur Vernehmlassung des Konkursamtes ein. Sie führte im Wesentlichen aus, dass gemäss BGE 110 III 84 dem Vertragspartner gegen das Vorgehen des Konkursamtes die Beschwerde nicht zustehe, weil der Zivilrichter zuständig sei. Der Vertragspartner sei bezüglich der Willensbildung innerhalb der Konkursmasse nicht legitimiert. Anders sehe es beim Gläubiger aus, dem mangels Beschwerde kein Rechtsmittel zur Verfügung stehe.
12. Das Konkursamt verzichtete mit Schreiben vom 2. Februar 2017 auf Bemerkungen zur Replik vom 26. Januar 2017 und hielt an ihrer Vernehmlassung fest.
13. 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).
14. Als Vorbemerkung ist festzuhalten, dass es im vorliegenden Fall nicht um eine Rechtsverweigerung gemäss Art. 17 Abs. 3 SchKG geht. Unter Rechtsverweigerung wird die ausdrückliche oder stillschweigende Weigerung eines Betreibungsorgans verstanden, über die Vornahme oder Nichtvornahme einer Amtshandlung formell zu entscheiden (FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, 2000, N. 135 zu Art. 17 SchKG). Voraussetzung für eine Rechtsverweigerung ist damit ein negatives Verhalten (COMETTA/MÖCKLI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2000, N. 18 zu Art. 17 SchKG). Gemäss Schreiben vom 21. Dezember 2016 (BB 1.1) lehnte das Konkursamt die Realerfüllung der Kaufsverpflichtung ab. Es hat bezüglich seines Vorgehens in dieser Angelegenheit einen Entschluss gefasst und diesen bekannt gegeben, weshalb keine Rechtsverweigerung vorliegt. Das Amt hat gehandelt und sich nicht passiv verhalten. Deshalb ist nachfolgend zu prüfen, ob eine anfechtbare Verfügung besteht.
15. Der Entschluss der Konkursverwaltung, einen Vertrag nach Art. 211 Abs. 2 SchKG zu erfüllen, kann durch den Vertragspartner nicht mit Beschwerde angefochten werden (BGE 110 III 84). Dies muss auch für den umgekehrten Fall gelten, dass die Konkursverwaltung bekannt gibt, den Vertrag nicht nach Art. 211 Abs. 2 SchKG erfüllen zu wollen. Damit bestätigt die Konkursverwaltung bloss, was von Gesetzes wegen ohnehin bereits der Regel entspricht. Gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG werden nämlich im Konkurs Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegen-

stand haben, in Geldforderungen von entsprechendem Wert umgewandelt (Urteil des Bundesgerichts 5A_640/2015 vom 24. November 2015 E. 1.1). Weiter ist zu erwähnen, dass die Konkursverwaltung durch Art. 211 Abs. 2 SchKG bloss das Recht eingeräumt erhält, den Vertrag zu erfüllen, nicht aber die Pflicht dazu. Dementsprechend können auch die am Vertrag Beteiligten nicht verlangen, dass die Konkursverwaltung in den Vertrag eintritt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gilt dies jedoch nicht nur für die Vertragsparteien, sondern auch für die am Vertrag Interessierten (Urteil des Bundesgerichts 5A_640/2015 vom 24. November 2015 E. 1.1 mit Hinweis auf BGE 105 III 11 E. 3 S. 14 f.). Als Fazit ist festzuhalten, dass sowohl der Entschluss der Konkursverwaltung, einen Vertrag nach Art. 211 Abs. 2 SchKG zu erfüllen, wie auch die Bekanntgabe, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen, keine mit Beschwerde anfechtbaren Verfügungen darstellen (DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erg.-Bd. 2017, ad N. 22c zu Art. 17 SchKG). Dies ist als allgemeiner Grundsatz – unabhängig von der Art des konkreten Vertrages – zu verstehen. Somit kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, wenn sie vorbringt, im Entscheid BGE 105 III 11 gehe es um ein anderes Rechtsgeschäft als im vorliegenden Fall. Die Mitteilung des Konkursamtes vom 21. Dezember 2016 bildet somit keine anfechtbare Verfügung.

16. Selbst bei Vorliegen einer anfechtbaren Verfügung könnte jedoch nicht auf die Beschwerde eingetreten werden. Wie das Konkursamt zu Recht festhält, wäre die Beschwerde nämlich auch verspätet erfolgt. Nach Art. 17 Abs. 2 SchKG muss eine Beschwerde innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme der Verfügung angebracht werden. Das Schreiben vom 21. Dezember 2016 wurde dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 22. Dezember 2016 zugestellt (Vernehmlassungsbeilage [VB] 1). Damit hätte die zehntätige Beschwerdefrist am 23. Dezember 2016 begonnen und wäre am 3. Januar 2017 abgelaufen (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 ZPO). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gelten die Gerichtsferien gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO für die betreibungsrechtliche Beschwerde nicht. Dafür kommen für die Frage der Fristwahrung die Betreibungsferien gemäss Art. 56 Ziff. 2 SchKG zur Anwendung (BGE 141 III 170 E. 3 S. 171). Im vorliegenden Verfahren sind jedoch auch die Betreibungsferien nicht anwendbar. Das Gesetz ordnet an, dass während den Betreibungsferien Betreibungshandlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Handlungen der Konkursorgane stellen keine Betreibungshandlungen i.S. von Art. 56 SchKG dar (BGE 114 III 60 E. 2b S. 61). Deshalb hat die Frist zur Erhebung der Beschwerde nicht erst nach den Ferien zu laufen begonnen.
17. Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann, weil keine anfechtbare Verfügung vorliegt. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin auch die Beschwerdefrist verpasst.
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. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
 - Betreibungs- und Konkursamt Bern-Mittelland

Bern, 20. März 2017

Im Namen der Aufsichtsbehörde
in Betreibungs- und Konkursachen

Der Präsident:

Oberrichter Studiger

Die Gerichtsschreiberin:

Peng

i.V. Gerichtsschreiber Knecht

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.