Urteilskopf

105 III 11

3. Auszug aus dem Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 14. Februar 1979 i.S. L. Bank (Rekurs)
Regeste (de):
Konkurs; Verwertung der Rechte aus einem Verkaufsversprechen ("promesse de vente"), das mit einem im Grundbuch vorgemerkten Kaufsrecht verbunden ist.

1. Vorgehen, wenn streitig ist, ob die Rechte aus einem Verkaufsversprechen dem Gemeinschuldner oder einem Dritten zustehen (E. 2).

2. Es liegt im Ermessen der Konkursverwaltung (bzw. der Gläubigergesamtheit), ob sie die Rechte aus einem Verkaufsversprechen freihändig veräussern, ob sie in den Vertrag eintreten oder ob sie versuchen will, den Vertrag rückgängig zu machen und eine geleistete Anzahlung zurückzufordern (E. 3).

3. Dient ein Kaufsrecht der Sicherung eines Verkaufsversprechens, so kann es nicht unabhängig von diesem veräussert werden (E. 4).

4. Die Übertragung der Rechte und Pflichten aus einem Kaufvertrag an einen Dritten ist nur möglich, wenn die Gegenpartei mitwirkt (E. 4).

Regeste (fr):
Faillite; réalisation des droits découlant d'une promesse de vente assortie d'un droit d'emption annoté au registre foncier.

1. Mode de procéder quand est litigieux le point de savoir si les droits découlant d'une promesse de vente appartiennent au failli ou à un tiers (c. 2).

2. Il est dans le pouvoir d'appréciation de l'office (respectivement de la masse) de décider s'il vendra de gré à gré les droits découlant d'une promesse de vente, s'il interviendra dans le contrat ou s'il cherchera à la faire révoquer et à exiger restitution d'un acompte versé (c. 3).

3. Si un droit d'emption a pour objet de garantir une promesse de vente, il ne peut pas être réalisé indépendamment des droits découlant de ce contrat (c. 4).

4. Le transfert à un tiers des droits et obligations découlant d'un contrat de vente n'est possible qu'avec le concours du cocontractant (c. 4).

Regesto (it):
Fallimento; realizzazione dei diritti relativi ad una promessa di vendita accompagnata da un diritto di compera annotato nel registro fondiario.

1. Modo di procedere ove sia litigioso se i diritti relativi ad una promessa di vendita spettino al fallito o a un terzo (consid. 2).

2. Rientra nel potere di apprezzamento dell'amministrazione del fallimento (rispettivamente: dell'insieme dei creditori) di decidere se vendere a trattative private i diritti relativi ad una promessa di vendita, o subentrare nel contratto, o tentare di revocare quest'ultimo e pretendere la restituzione di un acconto già versato (consid. 3).

3. Ove sia destinato a garantire una promessa di vendita, un diritto di compera può essere realizzato soltanto insieme con i diritti relativi a tale promessa (consid. 4).

4. Il trasferimento a un terzo dei diritti e degli obblighi relativi ad un contratto di compravendita può aver luogo soltanto con il concorso della controparte (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 12

A.- Mit Vertrag vom 10./16. Juli 1973 verpflichteten sich die Gebrüder P., der H. AG die Grundstücke GB Nr. 10241, 10252 und 10293 in der Gemeinde Plan-les-Ouates zu verkaufen (promesse de vente). Der Kaufpreis wurde auf Fr. 356'6360.- festgesetzt, wovon Fr. 1'500'000.- sofort anbezahlt wurden. Der Kaufvertrag sollte 3 Monate nach der in Aussicht stehenden Umzonung der Grundstücke, spätestens aber nach Ablauf von 10 Jahren abgeschlossen werden. Zur Sicherung des Verkaufsversprechens räumten die Gebrüder P. der H. AG zum gleichen Preis für die Dauer von 10 Jahren ein Kaufsrecht ein, das im Grundbuch vorgemerkt wurde. Zur Finanzierung der Anzahlung gewährte die L. Bank der H. AG am 31. Oktober 1973 ein Darlehen im Betrag von Fr. 1'500'000.-. Als Sicherheit zedierte die H. AG der L. Bank unter anderem das Verkaufsversprechen. Am 13. Juni 1975 zedierte sie der Bank ferner ihre Forderung auf Rückzahlung des anbezahlten Betrages von Fr. 1'500'000.- gegen die Gebrüder P. in der Annahme, das Verkaufsversprechen werde aufgelöst. Für den Fall, dass das Verkaufsversprechen auf einen Dritten übertragen werden sollte, zedierte sie am 5. August 1975 überdies auch ihre allfällige Forderung gegen diesen Dritten aus der geleisteten Anzahlung.
Am 12. Mai 1976 wurde über die H. AG der Konkurs eröffnet. Die L. Bank gab unter anderem ihre Darlehensforderung von Fr. 1'500'000.- zuzüglich Zins ein, wobei sie darauf hinwies, die Forderung sei durch die erwähnten Zessionen gesichert. Die Konkursverwaltung liess die angemeldete Forderung in der 5. Klasse zu, lehnte es jedoch ab, sie als pfandgesichert zu kollozieren. Gegen die Kollokationsverfügung leitete die L. Bank Kollokationsklage ein, reichte die Klage indessen nach durchgeführtem Aussöhnungsversuch nicht beim Gericht ein, so dass die Verfügung rechtskräftig wurde.

B.- Mit Zirkular vom 20. Dezember 1978 ersuchte die Konkursverwaltung die Gläubiger um Zustimmung zum freihändigen Verkauf des Kaufsrechts an die S.I. Salève zum Preise von Fr. 600'000.-, unter gleichzeitiger Befreiung der Gemeinschuldnerin aus allen Verpflichtungen aus dem Verkaufsversprechen und Verzicht der Gebrüder P. auf ihre eingegebene Forderung auf Bezahlung des Restkaufpreises. Sie bot den Gläubigern Gelegenheit, höhere Angebote zu machen. Gegen das Zirkular der Konkursverwaltung, dem die Mehrheit der Gläubiger zustimmte, erhob die L. Bank bei der

Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkurssachen für den Kanton Bern Beschwerde. Sie beantragte, der Beschluss, das Kaufsrecht zum Preise von Fr. 600'000.- freihändig zu verwerten, sei aufzuheben und die Konkursverwaltung sei anzuweisen, die von der Gemeinschuldnerin an die Gebrüder P. geleistete Anzahlung von Fr. 1'500'000.- von diesen zurückzufordern und an die Beschwerdeführerin zu zahlen oder die Ansprüche gegen die Gebrüder P. an die Beschwerdeführerin abzutreten. Mit Entscheid vom 18. Januar 1979 wies die Aufsichts-

behörde die Beschwerde ab.

C.- Mit dem vorliegenden Rekurs an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts stellt die L. Bank folgende Anträge: "A. Der Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde vom 18. Januar 1979 sei aufzuheben und es sei zu entscheiden: 1. Der Beschluss und die Verfügung der Konkursverwaltung und des Gläubigerausschusses der H. AG, das Kaufsrecht an den Grundstücken in Plan-les-Ouates, GBBl. No 10241, 10252 und 10923 durch Verkauf an die S.I. Salève zum Preise von Fr. 600'000.- freihändig zu verwerten, seien aufzuheben. 2. Die Konkursverwaltung sei anzuweisen, die von H. AG gemäss "Promesse de Vente" vom 10./16. Juli 1973 an die Gebrüder P. geleistete Anzahlung von Fr. 1'500'000.- von diesen zurückzufordern und an die Rekurrentin zu zahlen. 3. Die Konkursverwaltung sei anzuweisen, Klage gegen die Rekurrentin auf Feststellung ihrer Rechte aus der "Promesse de Vente" vom 10./16. Juli 1973 einzuleiten. B. (Eventuell) Der Entscheid der Kantonalen Aufsichtsbehörde vom 18. Januar 1979 sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts und zum neuen Entscheid zurückzuweisen." Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer weist den Rekurs ab, soweit sie darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Der Antrag, die Konkursverwaltung sei anzuweisen, gegen die Rekurrentin Klage auf Feststellung ihrer Rechte aus der promesse de vente einzuleiten, bildete weder Gegenstand des kantonalen Beschwerdeverfahrens noch der angefochtenen Verfügung der Konkursverwaltung. Nichts hinderte die Rekurrentin, ihn schon im kantonalen Verfahren zu stellen. Der Antrag ist daher neu, so dass darauf nicht eingetreten werden kann (Art. 79 Abs. 1 OG).

Immerhin sei beigefügt, dass die Ausführungen im angefochtenen Entscheid, durch welche der Antrag veranlasst wurde, unzutreffend sind. Die Vorinstanz geht nämlich davon aus, die Rekurrentin hätte, wenn sie hätte geltend machen wollen, das Kaufsrecht stehe ihr zu und nicht der Konkursmasse, innert einer Frist von 10 Tagen seit Mitteilung der Kollokationsverfügung gemäss Art. 242 SchKG Aussonderungsklage erheben müssen. Indessen haben Kollokationsverfahren und Aussonderungsverfahren nichts miteinander zu tun. Das eine Verfahren betrifft die Passiven, das andere die Aktiven der Konkursmasse. Über Aussonderungsansprüche ist deshalb nicht im Kollokationsplan zu befinden (BGE 54 III 213 ff., BGE 45 III 45, BGE 39 I 498 E. 2, BGE 37 I 443). Abgesehen davon ist nach der Rechtsprechung das Aussonderungsverfahren gar nicht anwendbar, wenn ein Dritter geltend macht, eine nicht in einem Wertpapier verkörperte Forderung oder ein anderes Recht stehe nicht dem Gemeinschuldner, sondern ihm zu, und die Konkursverwaltung ist daher in einem solchen Fall nicht befugt, dem Dritten Frist zur Aussonderungsklage anzusetzen unter der Androhung, dass bei Nichteinhaltung der Frist der Anspruch als verwirkt gelte (BGE 90 III 92, 87 III 16, BGE 76 III 10 /11, BGE 70 III 36 ff.). Fehl geht freilich auch die Auffassung der Rekurrentin, es sei stets die Konkursverwaltung, die klagen müsse, wenn streitig sei, wem eine Forderung zustehe. Wie das Bundesgericht in BGE 87 III 20 klargestellt hat, ist die Meinung der von der Rekurrentin zitierten Rechtsprechung (BGE 76 III 11) nur die, dass die Konkursverwaltung dann gegen den Drittansprecher zu klagen hat, wenn ihr an der gerichtlichen Feststellung ihres Gläubigerrechts gelegen ist. Eine Klage erübrigt sich z.B. dann, wenn der Drittschuldner trotz des Drittanspruchs ohne weiteres bereit ist, an die Konkursmasse zu leisten. Ob die Konkursverwaltung gegen den Drittansprecher klagen oder ob sie direkt gegen den Drittschuldner vorgehen will (auf die Gefahr hin, dass dieser seine Leistung gemäss Art. 168 Abs. 1 OR gerichtlich hinterlegt und es doch zum Prätendentenstreit kommt), liegt in ihrem Ermessen. Der Drittansprecher kann die Konkursverwaltung daher nicht auf dem Beschwerdeweg in die Klägerrolle drängen,

wie es die Rekurrentin mit ihrem Antrag bezweckt (BGE 87 III 20 /21).

3. Ebenso liegt es im Ermessen der Konkursverwaltung (bzw. der Gläubigergesamtheit), ob sie gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Vertrag mit den Gebrüdern P. eintreten, ob sie die Rechte aus diesem Vertrag freihändig veräussern oder ob sie versuchen will,

BGE 105 III 11 S. 15

die geleistete Anzahlung von Fr. 1'500'000.- zurückzuerlangen. Der Antrag, die Konkursverwaltung sei anzuweisen, die Anzahlung zurückzufordern und an die Rekurrentin zu zahlen, kann daher nicht Gegenstand einer Beschwerde an die Aufsichtsbehörde bilden. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, mit welchem Recht die Konkursverwaltung die Anzahlung zurückfordern könnte. Ein Rückforderungsanspruch könnte nur zur Entstehung gelangen, wenn der Gemeinschuldnerin das Recht zustünde, vom Vertrag vom 10./16. Juli 1973 zurückzutreten. Ein Rücktrittsrecht wurde der Gemeinschuldnerin jedoch nirgends eingeräumt. Sie verpflichtete sich in dem mit "promesse de vente" überschriebenen Teil des Vertrags im Gegenteil ohne jede Einschränkung oder Bedingung, die fraglichen Grundstücke zu kaufen (Messieurs P. "s'obligent par les présentes, à vendre sous toutes dues garanties de droit: à la société H. AG, que Monsieur son représentant également comparant oblige à acquérir, un domaine sis sur la commune de Plan-les-Ouates..."). Entgegen der von der Rekurrentin zitierten Ansicht von GULDNER (in: FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Bd. II, S. 68) berechtigen auch konkursrechtliche Gründe die Konkursverwaltung nicht zum Vertragsrücktritt (zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 1978 i.S. Konkursmasse der Wohnkomfort AG gegen Jeger, E. 3b). Die Konkursverwaltung könnte höchstens mit den Gebrüdern P. Verhandlungen darüber aufnehmen, ob und allenfalls unter welchen Bedingungen diese bereit wären, zu einer Aufhebung des Vertrags und zur (ganzen oder teilweisen) Rückerstattung der Anzahlung Hand zu bieten. Wenn die Mehrheit der Gläubiger statt dessen die Rechte aus dem Vertrag freihändig veräussern will, so liegt das wie gesagt in ihrer Machtbefugnis, und die Aufsichtsbehörden könnten nur eingreifen, wenn die von den Gläubigern beschlossene Massnahme mit dem Zweck des Konkursverfahrens geradezu unverträglich wäre (BGE 86 III 103, mit Hinweisen). Das ist offensichtlich nicht der Fall. Im übrigen widerspricht sich die Rekurrentin selbst, wenn sie einerseits verlangt, die Konkursverwaltung habe die Anzahlung zurückzufordern, anderseits aber geltend macht, der Rückforderungsanspruch sei ihr sicherheitshalber abgetreten worden. Träfe dies nämlich zu, so könnte die Konkursverwaltung die Anzahlung zum vornherein nicht mit Aussicht auf Erfolg zurückfordern. Vielmehr wäre es Sache der Rekurrentin als

BGE 105 III 11 S. 16

Zessionarin, gegen die Gebrüder P. vorzugehen, wenn sie glaubt, diese seien zur Rückerstattung der Anzahlung verpflichtet. Nichts hindert sie, dies zu versuchen.

4. Ihren Antrag auf Aufhebung des Beschlusses, das Kaufsrecht zum Preise von Fr. 600'000.- zu verwerten, begründet die Rekurrentin damit, das lediglich der Sicherung der promesse de vente dienende Kaufsrecht könne nicht unabhängig von dieser veräussert werden; die Veräusserung des Kaufsrechts setze die Auflösung der promesse de vente voraus, was zur Folge habe, dass die Gebrüder P. die Anzahlung zurückerstatten müssten, und zwar an die Rekurrentin als Zessionarin dieser Forderung; gestützt auf die Abtretung vom 5. August 1975 stehe der Rekurrentin zudem auch der Erlös aus der Veräusserung des Kaufsrechts im Betrag von Fr. 600'000.- zu. Es ist richtig, dass das Kaufsrecht nicht unabhängig von der promesse de vente veräussert werden kann. Die

rechtliche Konstruktion der Vereinbarung vom 10./16. Juli 1973 entspricht im wesentlichen derjenigen, die das Bundesgericht im Falle Blum gegen Bancofin (BGE 103 III 106 ff.) zu untersuchen hatte. Auch hier handelt es sich nicht um einen blossen Vorvertrag, der die Parteien zum Abschluss des Kaufvertrages verpflichten würde. Die promesse de vente ist vielmehr selbst als Kaufvertrag zu betrachten, haben sich die Parteien doch darin bereits über alle wesentlichen Punkte des Kaufs geeinigt. Zur Sicherung ihres kaufvertraglichen Anspruchs auf Eigentumsübertragung liess sich die Käuferin ein Kaufsrecht einräumen, das im Grundbuch vorgemerkt wurde. Hat das Kaufsrecht aber bloss Sicherungsfunktion, so liegt es auf der Hand, dass es nicht allein, ohne die übrigen aus dem Kaufvertrag fliessenden Rechte und Pflichten, an einen Dritten abgetreten werden kann, denn es kann ja nur zu den im Vertrag vom 10./16. Juli 1973 festgelegten Bedingungen ausgeübt werden. Dementsprechend wurde es auch nicht als abtretbar bezeichnet, was Voraussetzung dafür wäre, dass es ohne Mitwirkung des Verkäufers auf einen Dritten übertragen werden könnte (BGE 94 II 279 E. 3, mit Hinweisen). Indessen ist es trotz der missverständlichen Überschrift des Zirkulars offensichtlich nicht die Absicht der Konkursverwaltung, das Kaufsrecht selbständig zu verwerten. Im Kopf des Vertragsentwurfs mit der S.I. Salève wird nämlich ausdrücklich gesagt, der Vertrag betreffe einerseits die Abtretung des Kaufsrechts, anderseits die Übernahme der Rechte und Pflichten aus der promesse de vente. Zudem wird in Ziff. 3 lit. b des

Entwurfs der Vollzug der Abtretung des Kaufsrechts von der unwiderruflichen Rückzugserklärung der Forderungseingabe der Gebrüder P. abhängig gemacht, was keinen Sinn hätte, wenn angenommen würde, die Rechte aus der promesse de vente verblieben bei der Konkursmasse. Freilich enthält der vorgesehene Vertragstext selbst keine Bestimmung bezüglich der Übernahme der Rechte und Pflichten aus der promesse de vente. Auch fehlt es im Vertragsentwurf an der Mitwirkung der Gebrüder P., die indessen unumgänglich ist, da Rechte und Pflichten aus einem Grundstückskaufvertrag nur durch öffentlich beurkundeten Vertrag zwischen den ursprünglichen Parteien und dem neu eintretenden Dritten auf diesen übertragen werden können, sofern sich die Gegenpartei nicht zum vornherein mit der Übertragung einverstanden erklärt hat (BGE 84 II 20 /21, BGE 47 II 420 /421; vgl. auch BGE 94 II 279, BGE 48 II 470). Der blosse Rückzug der Konkurseingabe genügt daher nicht. Wie der noch gar nicht abgeschlossene Vertrag lauten muss, damit er gültig ist, bildet jedoch nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, so dass es sich erübrigt, auf diese Fragen näher einzugehen. Aus dem gleichen Grund besteht auch kein Anlass, die Sache entsprechend dem Eventualantrag der Rekurrentin zur Ergänzung des Sachverhalts mit Bezug auf die Unterlagen des geplanten Geschäfts an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im übrigen lagen diese Unterlagen gemäss dem Zirkular beim Konkursamt zur Einsicht auf, und die Rekurrentin macht nicht geltend, die Einsicht sei ihr verweigert worden. Bezweckt die Konkursverwaltung aber die Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten aus dem Vertragswerk zwischen der Gemeinschuldnerin und den Gebrüdern P., so fallen die Rügen der Rekurrentin, das Kaufsrecht könne nicht selbständig veräussert werden und seine Veräusserung setze die Auflösung der promesse de vente voraus, ins Leere. Ob die Rekurrentin gestützt auf die Zession vom 5. August 1975 einen Anspruch auf den Erlös aus dem geplanten Geschäft geltend machen kann, ist sodann nicht im Beschwerdeverfahren, sondern vom Richter im Zivilprozess zu entscheiden. Dieser angebliche Anspruch wird durch den in Aussicht genommenen Freihandverkauf nicht vereitelt, sondern gelangt dadurch im Gegenteil erst zur Entstehung. Die angefochtene Massnahme der Konkursverwaltung bzw. der Gläubiger erweist sich somit auf jeden Fall nicht als gesetzwidrig, so dass der Rekurs abzuweisen ist, soweit auf ihn eingetreten werden kann.