

ven ebenfalls den Berechtigten zu überlassen, wie wenn keine Ausschlagung erfolgt wäre (vgl. *Thor/Picenoni*, Berner Kommentar, Bern 1966, N. 10 zu Art. 573 ZGB). Es stellen sich mithin dieselben Fragen, nämlich wer für die Übertragung des Überschusses an die Berechtigten zuständig ist und wie dabei vorzugehen ist.

4.1 Die Berechtigung am Liquidationserlös besteht nicht als Erbe. Vielmehr handelt es sich um einen Anspruch obligationenrechtlicher Natur gegen die ausgeschlagene Erbschaft, vergleichbar dem Anspruch des Vermächtnismehmers gegen die Erben auf Herausgabe des Vermächtnisses (BGE 136 V 7, E. 2.2.1.2, mit diversen Hinweisen). In der Lehre ist es umstritten, an wen im Falle der Ausschlagung von gesetzlichen und eingesetzten Erben der gemäss Art. 573 Abs. 2 ZGB verbleibende Überschuss geht. Einerseits ist man der Ansicht, dieser gehe nur an die letztberufenen ausschlagenden Erben, d.h. an die nächsten gesetzlichen Erben (*vo Schwander*, Basler Kommentar, Basel 2007, N. 6 zu Art. 573 ZGB; *Arnold Escher*, Zürcher Kommentar, Zürich 1960, N. 9 zu Art. 573 ZGB). Andererseits wird die Meinung vertreten, der Aktivüberschuss komme den erstberufenen, d.h. den eingesetzten und gesetzlichen Erben zu (*Häuppli*, a.a.O., N. 12 zu Art. 573 ZGB; *Brunner/Boller*, a.a.O., N. 12d zu Art. 193 SchKG; *Paul Pioret*, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, Erbrecht, Basel 1981, 627). Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht zu dieser Frage bisher nicht geäußert (vgl. auch *Häuppli*, a.a.O., N. 12 zu Art. 573 ZGB).

4.2.1 *Escher*, der wie erwähnt annimmt, dass der Überschuss zunächst nur an die gesetzlichen Erben geht, geht offenbar davon aus, dass die Konkursverwaltung den Überschuss von Amtes wegen in analoger Anwendung der gesetzlichen Erbfolgeordnung als Singularkreditor – und nicht als Erbe – zu übertragen hat (*Escher*, a.a.O., N. 13 zu Art. 573 ZGB). Dem kann nicht gefolgt werden. Wie aufgezeigt wurde, ist es im Falle ausschlagender gesetzlicher und eingesetzter Erben strittig, wer die Berechtigten nach Art. 573 Abs. 2 ZGB sind. Es kann nicht angehen, dass das Konkursamt darüber zu befinden hat. Die Verteilung des Überschusses ist nämlich nicht Gegenstand des Konkursverfahrens (*Häuppli*, a.a.O., N. 15 zu Art. 573 ZGB). Das Konkursamt kann somit auch nicht vor der Ausrichtung des Überschusses über das Bestehen obligationenrechtlicher Ansprüche der jeweiligen Ausschlagenden am Überschuss befinden. Dies ist dem Zivilrichter vorbehalten.

4.2.2 Sodann lässt sich ebenfalls die Ansicht vertreten, die Verwendungs des Aktivüberschusses analog dem Vorgehen bei der amtlichen Liquidation einer Erbschaft zu behandeln, weil die Ausschlagenden eine erbrechtliche Gemeinschaft bilden, selbst wenn die Übertragung der Vermögenswerte auf sie als Singularkreditor erfolgt (*Pioret*, a.a.O., 627). Auch der amtliche Erbschaftsliquidator hat keine Teilungshandlungen vorzunehmen; die Erbteilung ist Sache der Erben bzw. des Willensvollstreckers. Die Auslieferung des verbleibenden Überschusses erfolgt ungeteilt an die Erbengemeinschaft, d.h. die Gesamtheit der im Auslieferungszeitpunkt berechtigten Erben (*Martin Karrer*, Basler Kommentar, Basel 2007, N. 33 zu Art. 596 ZGB, mit diversen Hinweisen).

4.2.3 Nach dem Gesagten ist der verbleibende Überschuss den gesetzlichen und den eingesetzten Erben zu gesamteter Hand zu überweisen. Dafür zuständig ist das Konkursamt. Zum einen befindet sich der Überschuss bereits beim Konkursamt. Sodann wird in Art. 573 Abs. 1 ZGB ausgeführt, dass die Erbschaft zur Liquidation durch das Konkursamt gelangt, woraufhin in Abs. 2 das Überlassen eines Überschusses nach der Liquidation an die Berechtigten geregelt wird. Es lässt mithin auch diese Systematik den naheliegenden Schluss zu, dass das für die Liquidation zuständige Konkursamt sogleich für die Übertragung des Überschusses besorgt sein soll. Zwar können dem Einwohnergemeinderat auch im Rahmen der Teilung gewisse Aufgaben zukommen (Art. 91 ff. EGZGB). Die Teilung des Überschusses ist aber auch keine Aufgabe des Einwohnergemeinderates. Diese haben die Berechtigten selber vorzunehmen (vgl. *Pioret*, a.a.O., 627).

5. Es erscheint sachgerecht, das praktische Vorgehen derart zu gestalten, dass den Ausschlagenden mitzuteilen ist, der Aktivüberschuss stehe zu ihrer Verfügung bereit. Dabei sind die Ausschlagenden auf die umstrittene Frage hinzuweisen, an wen im Falle der Ausschlagung von gesetzlichen und eingesetzten Erben der gemäss Art. 573 Abs. 2 ZGB verbleibende Überschuss gehen soll. Die Parteien sind aufzufordern, ein gemeinsames Konto mitzuteilen, auf welches ihnen der Betrag überwiesen werden soll, oder alternativ mitzuteilen, in welchem Verhältnis der Betrag an sie ausbezahlt werden soll. Dazu bedarf es einer Einverständniserklärung jedes ausschlagenden Erben. Wird der Überschuss nicht innert angemessener Frist von den ausschlagenden Erben bezogen, erscheint es angezeigt, diesen analog zu Art. 264 Abs. 3 SchKG bei der kantonalen Depositanstalt (Art. 77 Abs. 4 GOG) zu hinterlegen (*Häuppli*, a.a.O., N. 15 zu Art. 573 ZGB).

Im Zusammenhang mit der konkursamtlichen Erbschaftsliquidation über die ausgeschlagene Verlassenschaft des F. wird zusätzlich speziell zu beachten sein, dass vorgängig zur Verteilung aus dem verbleibenden Überschuss – soweit aus den Akten ersichtlich – die Vermächtnisse gemäss Erbvertrag vom 23. Juni 2005 nicht ausgeteilt wurden (vgl. vorne, E. 2). Sofern dies der Fall ist, wird die Überweisung an die ausschlagenden Erben in der vorliegenden Konstellation, in welcher das Konkursverfahren widerrufen wurde, unter der Auflage erfolgen müssen, dass die Berechtigten aus dem Überschuss vorweg die Legate auszurichten haben, wobei Vermächtnisse in natura in eine Geldforderung umzurechnen sind.

OBWALDEN, Obergericht, 9. August 2011, Abr 2010/11 Nr. 13.

46). Art. 230a Abs. 2 und 256 SchKG; Art. 2 ZGB. – Legt das Konkursamt den Verfahrensablauf des Frehandverkaufs fest, so ist dieser einzuhalten. Darauf dürfen sich die Beteiligten nach Treu und Glauben verlassen.

Im Allgemeinen liegt die Anordnung des Freihandverkaufs im Ermessen des Betreibungs- oder Konkursamtes (soweit alle Voraussetzungen hierzu gegeben sind). Ein Anspruch auf Anordnung eines solchen besteht nie (vgl. *Marc Bernheim/Philipp Käuzig*, in: Hunziker [Hrsg.], *SchKG Kurzkomm. Basel* 2009, N 3 zu Art. 143b SchKG, m.H.a. *Kurt Amann/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7.A. [8.A.], § 28 N 68).

Auch hinsichtlich Verhandlungsführung mit den verschiedenen Interessenten steht dem Amt ein grosser Ermessensspielraum zu. Es ist nicht verpflichtet, unter den Interessenten ein steigerungsfähiges Verfahren durchzuführen. So ist das Amt namentlich nicht gehalten, diejenigen Interessenten, deren Offerten überboten wurden, über diesen Umstand zu benachrichtigen, damit sie in den Genuss kommen, selbst ihre Angebote zu erhöhen. Dieses Vorgehen kann sich dennoch anbieten, wenn nur wenige Interessenten beteiligt sind. Dem Amt steht es aber auch frei, allen Interessenten für die letztmalige Erhöhung ihrer Angebote Frist anzusetzen, damit das Verfahren nicht endlos in die Länge gezogen wird und um Kosten bzw. Aufwendungen möglichst gering zu halten. Diesfalls steht es im Belieben des Amtes, sich bereits vor Ablauf der Frist für einen Interessenten zu entscheiden und das Objekt an ihn zu verwerthen (zum Ganzen: *Lorandi*, a.a.O., S. 56 f.).

Dem Amt obliegt es einzig, ein möglichst gutes Ergebnis zu erzielen. Deshalb darf es sich in der Regel nicht mit dem erstbesten Angebot zufrieden geben. Eine Missachtung dieses Grundsatzes führt aber trotzdem nicht zur Anfechtbarkeit der Freihandverfugung. Ein allfälliger Schaden müsste im Staatshaftungsverfahren (Art. 5 SchKG) geltend gemacht werden. Der Rahmen für den Entscheid, ob weitere Verhandlungen geführt werden sollen, wird durch die geschätzten Aufwendungen hierfür im Verhältnis zum geschätzten Wert des Vermögenswertes sowie zum bisher gebotenen Preis abgesteckt (*Lorandi*, a.a.O., S. 57).

Wie bereits erwähnt, kommt dem Interessenten mit dem Höchstgebot kein Anspruch zu, dass der Vermögenswert an ihn verwertet wird. Das Amt kann unter Umständen auch an einen Interessenten freihändig verkaufen, der weniger geboten hat. Dem Höchstbietenden steht kein Beschwerderecht zu (vgl. *Lorandi*, a.a.O., S. 57 und Fn. 15). Hingegen darf das Konkursamt aber auch nicht ohne hinreichenden Grund nach Ablauf der Frist zur Einreichung eines Kaufangebots einer später eingegangenen Offerte den Vorzug geben (BGE vom 10.03.2006, 78.10/2006 E. 1.2.3 = *BischK* 2007, S. 103–106).

Vor dem Hintergrund des Ausgeführten geniesst ein Amt im Verfahren des Freihandverkaufs dennoch einen grossen Ermessens- bzw. Handlungsspielraum und ist das geschilderte Vorgehen im vorliegenden Fall dem Grundsatz nach nicht zu beanstanden.

Das Konkursamt hat den Beschwerdeführerinnen B. und C. und zwei weiteren Offertstellern mit Schreiben vom 21. Februar 2011 (also datierend vom selben Tag wie das Schreiben an die Grundpfändgläubiger)

Gelegenheit geboten, ihr Angebot bis am 3. März 2011 auf über Fr. 250 000.00 zu erhöhen und ihnen gleichzeitig bedingungslos in Aussicht gestellt, dass sie «nach Ablauf dieser Frist [...] ohne weitere Rücksprache mit dem Höchstbietenden den Vertrag abschliessen» werde.

Obschon es sich beim Freihandverkauf nicht um einen Vertrag, sondern um eine anfechtbare Verfüzung handelt (BGE vom 20.12.2010, 5A\_590/2010 E. 3), sind hinsichtlich Rechtswirksamkeit weitgehend die privatrechtlichen Regeln über die Willenserklärungen im Allgemeinen und jene über den Vertragsschluss im Besonderen analog anzuwenden (BGE vom 19.06.2006, 7B\_24/2006 E. 3.3; BGE 131 III 280 I, S. 286 E. 3). Willenserklärungen sind nach dem Vertrauensprinzip auszuliegen, wenn nicht feststeht, welchen Inhalt die Willenserklärung hat. Sie ist demzufolge so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 133 III 61, S. 67 E. 2.2.1 mit Hinweisen; zu den Willenserklärungen beim Freihandverkauf: BGE 131 III 280, S. 286 ff. E. 3 f.; *Lorandi*, a.a.O., S. 62 und S. 68 zur Freihandverkaufsverfüzung im Besonderen). Der Passus im vorstehenden Schreiben kann – jedenfalls nach dem Vertrauensprinzip – nicht anders ausgelegt werden, als dass das Konkursamt nach dem für den Freihandverkauf üblichen Vorgehen mit dem (bzw. den) Höchstbietenden der vier Adressaten des Schreibens einen Freihandverkaufsvertrag vornehmen werde. Im Schreiben erwähnt das Konkursamt ausschliesslich «die Interessenten der Offerte 2–4», welche Gelegenheit erhalten, «vorstehende Offerte zu überbieten», unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Gläubiger. Das Schreiben musste bzw. durfte so verstanden werden, dass nunmehr ausschliesslich noch den Adressaten des Schreibens – sowie den Grundpfändgläubigern – Gelegenheit zur Unterbreitung von höheren Angeboten eingeräumt werde.

Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass der Freihandverkaufsvertrag mit Eingang des höchsten Gebots bereits zustande gekommen wäre, sondern bloss, dass das Konkursamt (vorläufig) nur mit der Höchstbietenden weiterverhandelt.

Die Beschwerdeführerinnen B. und C. boten zusammen bis zum 3. März 2011 fristgerecht Fr. 273 000.00. Sie übertrafen also das zu überbietende Angebot gemeinsam um Fr. 23 000.00. Die beiden Angebote von B. und C. bildeten zusammengerechnet per Stichtag 3. März 2011 (und im Übrigen bis dato) das Höchstgebot.

A. offerierte per 3. März 2011 ein Höchstgebot von lediglich Fr. 255 000.00 für beide Grundstücke zusammen. Mit Schreiben vom 2. März 2011 – also erst einen Tag vor Fristablauf – hat A. mitgeteilt, er gehe davon aus, dass er informiert werde, wenn seitens der anderen Adressaten ein höheres Angebot eingehe. Wie ausgeführt, besteht hierzu kein rechtlicher Anspruch. Ihm wurde indessen vom Konkursamt am 3. März 2011 eine Frist bis zum 7. März 2011 angesetzt, um sein eigenes bisheriges Angebot von Fr. 250 000.00 zu erhöhen.

Das Schreiben bzw. die Verfügung des Konkursamts vom 4. März 2011, wonach eine öffentliche Versteigerung erfolge, blieb von seiner Seite unangefochten.

Nach dem Gesagten bedeutet im vorliegenden Verfahren der Wechsel der Verwertungsart bzw. der Abbruch der Verkaufsverhandlungen im Anschluss an die im Schreiben vom 21. Februar 2011 gewählte Formulierung gegenüber den Beschwerdeführerinnen B. und C. als Höchstbieten- oder eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der auch im Schuldbeitreibungs- und Konkursrecht gilt (BGE 131 III 280, S. 288 E. 4, m.w.H.). Demnach ist die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen B. und C. gutzuheissen.

Das Konkursamt wird angewiesen, mit der Beschwerdeführerin B. über das Grundstück einen Freihandverkauf über einen Betrag von Fr. 240'000.00 und mit der Beschwerdeführerin C. für das Grundstück einen Freihandverkauf über einen Betrag von Fr. 33'000.00 im Sinne der Praxis des Beitreibungs- und Konkursamtes und zu den üblichen Konditionen (etwa Überbindung allfälliger Kosten an die Käufer) zu verhandeln und gegebenenfalls zu verfügen.

14. Wenngleich der Beschwerdeführer A. Adressat des hier angefochtenen – gleichlautenden – Schriftstücks vom 21. Februar 2011 war, kann er sich nicht wie die Beschwerdeführerinnen B. und C. auf den Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben im vorstehenden Sinne berufen, zumal er nicht das Höchstgebot abgegeben hat. Demnach kann auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden.

BERN, Obergericht, 11. Mai 2011.

47). Art. 232, 252 und 255 SchKG. – Zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung finden grundsätzlich keine ausserordentlichen Gläubigerversammlungen statt, es sei denn, es liege ein Fall von Dringlichkeit vor.

Art. 232, 252 et 255 LP. – *Entre la première et la deuxième assemblée des créanciers il ne peut en principe, sous réserve du cas d'urgence, pas être tenu d'assemblée des créanciers extraordinaire.*

Art. 232, 252 e 255 LEF. – *Tra la Prima e la Seconda assemblea dei creditori non si svolgono in linea di principio assemblee straordinarie dei creditori, a meno che vi siano questioni urgenti.*

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Die Beschwerdeführer machen zusammengefasst geltend, das SchKG sehe im ordentlichen Konkursverfahren die Abhaltung einer ers-

ten Gläubigerversammlung (Art. 235 ff. SchKG), einer zweiten Gläubigerversammlung (Art. 252 ff. SchKG) sowie weitere Gläubigerversammlungen (Art. 255 SchKG) vor. Das SchKG gebe nur eine Minimalzahl von Gläubigerversammlungen durchzuführen. Dieses Recht werde ihnen durch Art. 255 SchKG ausdrücklich zugestanden. Indem sich der Gläubigerausschuss geweigert habe, zu der verlangten Gläubigerversammlung einzuladen bzw. den Konkursverwalter einzuladen zu lassen, habe er Art. 255 SchKG verletzt.

5.1 Das SchKG steht im ordentlichen Konkursverfahren die Abhaltung einer ersten und einer zweiten Gläubigerversammlung zu bestimmen, vom Gesetz genau definierten Zeitpunkten vor. Nach Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG hat die erste Gläubigerversammlung spätestens 20 Tage nach der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung stattzufinden, während gemäss Art. 252 Abs. 1 SchKG nach Auflage des Kollisionsplans mit einer Frist von mindestens 20 Tagen zur zweiten Gläubigerversammlung geladen werden muss. Art. 255 SchKG sieht sodann vor, dass weitere Gläubigerversammlungen einberufen werden, wenn ein Viertel der Gläubiger oder der Gläubigerausschuss es verlangt oder wenn die Konkursverwaltung es für notwendig hält. Was die weiteren Gläubigerversammlungen betrifft, so schweigt sich Art. 255 SchKG aus über die Form der Einberufung, die Beschlussfähigkeit, das Stimmrecht, den Abstimmungsmodus sowie deren Aufgaben. Nach der herrschenden Lehre gelten die Bestimmungen über die zweite Gläubigerversammlung (*Urs Birgi*, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 255 N 2; *Amacker/Kling*, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommmentar SchKG, Basel 2009, Art. 255 N 4 f.; *Waldler/Kull/Kotmann*, Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/99, Art. 255 N 2; *Fritzsche/Waldler*, Schuldbeitreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 50 N 16.). Diese Auffassung wird auch von RA Sprecher in seiner Dissertation geteilt (*Thomas Sprecher*, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zürich/Basel/Genf 2003, N 155–157). Die Lehre folgert daraus zutreffend, dass die weiteren Versammlungen nach Art. 255 SchKG nichts anderes darstellen als die Fortsetzung der zweiten Gläubigerversammlung (*Birgi*, a. a. O., Art. 255, N 2 u. 4; *Amonn/Walther*, Grundriss des Schuldbeitreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 47 N 8; *Fritzsche/Waldler*, a. a. O., § 50 N 16; ähnlich *Gillieron*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. 4, Lausanne 2001, Art. 255 N 7). Demgemäss kann eine weitere Gläubigerversammlung im Sinne von Art. 255 SchKG nicht bereits zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung stattfinden, sondern erst nach Abhaltung der Letzteren.

5.2 Soweit die Beschwerdeführer mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des SchKG vom 6. April 1886 (BBl 1886 II