

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Zeitschrift:</b> | Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV |
| <b>Herausgeber:</b> | Schweizerischer Juristenverein  |
| <b>Band:</b>        | 24 (1905)   |
| <b>Artikel:</b>     | Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach schweizerischem Betreibungsrechte   |
| <b>Autor:</b>       | Huber, Emil   |
| <b>DOI:</b>         | <a href="https://doi.org/10.5169/seals-896538">https://doi.org/10.5169/seals-896538</a>   |

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 24.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# **Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach schweizerischem Betreibungsrechte.**

Von Bundesgerichtssekretär Dr. EMIL HUBER in Lausanne.

---

Die fortschreitende Ausbildung des öffentlichen Rechtes führt dazu, dem Gebiete desselben Rechtsinstitute ganz oder zum Teil zuzuweisen, welche bisher als ausschliesslich der Domäne des Privatrechtes angehörig gegolten haben. Es hängt dies namentlich zusammen mit der sich immer mehr Bahn brechenden Erkenntnis, wie wenig es angeht, das Vermögensrecht auf den Kreis des Privatrechtes zu beschränken,<sup>1)</sup> und wie vielfach wirkliche Privatrechte nicht aus privatrechtlichen Rechtsgeschäften und sonstigen privatrechtlichen Tatbeständen entstehen, sondern in Tatbeständen öffentlich-rechtlicher Natur ihre Quelle haben.

Für das Gesagte mag etwa die Expropriation ein passendes Beispiel bieten. Wenn dieselbe im Vermögensbestande des Expropriaten und dem des Exproprianten einen Austausch bewirkt zwischen dem Expropriationsobjekt und der dem Expropriaten zu bezahlenden Entschädigung, so vermochte die frühere Theorie diesen Vorgang nicht anders zu erklären, als dass unter den Parteien, und zwar auf Seiten des Expropriaten erzwungenerweise, ein privatrechtlicher Kaufvertrag abgeschlossen werde. Heute darf diese Zwangskauftheorie als beinahe beseitigt gelten. Sie hat der Auffassung Platz gemacht, dass der Rechtsgrund der Veränderungen im Vermögen

---

<sup>1)</sup> Vergl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd I, S. 136, speziell Note 2.

der Parteien ein öffentlich-rechtlicher sei, in einem staats-  
hoheitlichen Akte liege.<sup>2)</sup>

Ein ähnlicher Umschwung muss sich unseres Erachtens auch bezüglich des Rechtsinstitutes der Zwangsversteige-  
rung vollziehen.

Zur Zeit stellt sich hier die herrschende Meinung die Sache so vor, dass durch die Zwangsversteigerung ein Kaufvertrag zum Abschlusse gelange und dass deshalb der gestützt auf diesen Vertragsschluss sich vollziehende Austausch von Stei-  
gerungsobjekt und Steigerungserlös grundsätzlich den gewöhn-  
lichen Vorschriften über den Kauf unterliege. Dieser Auf-  
fassung hat sich denn auch Praxis und Doktrin des eidge-  
nössischen Betreibungsrechts allgemein angeschlossen.<sup>3)</sup>

Seit einiger Zeit sind aber in Deutschland Ansichten laut geworden, welche die Kaufvertragstheorie für die rechtliche Konstruktion der Zwangsversteigerung ablehnen und die letztere ihrem Wesen nach für einen Akt öffentlich-rechtlicher Natur erklären. Dies hat zunächst namentlich Dernburg für das frühere preussische Recht getan.<sup>4)</sup> Das Reichsgesetz über

<sup>2)</sup> Vergl. Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes (Bd III der staats- und völkerrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von Meyer, Jellinek und Anschütz). S. 318/19, woselbst Literaturangabe. — Möglich bleibt natürlich, dass die Zwangskauftheorie kraft ausdrücklicher Sanktion einer positiven Gesetzgebung auch jetzt noch für ein bestimmtes Rechtsgebiet auf An-  
erkennung Anspruch machen kann.

<sup>3)</sup> Vergl. Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs II Nr. 35, III Nr. 72 und 120, VI Nr. 64 und 114, VI Nr. 15 (Bundesgericht); Entschei-  
dungen des Bundesgerichts Bd XXIV. I. T. Nr. 79, XXVIII<sup>I</sup> Nr. 86; XXVIII<sup>II</sup> Nr. 38, Erw. 5 und Nr. 69 Erw. 4. Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd XXXIII S. 409 (Bernischer Appellationshof). Jäger, Kommentar, Note 2 zu Art. 125; Weber und Brüstlein, Kommentar, Note 3 zu Art. 126; Brüstlein und Rambert, Kommentar, Note 3 zu Art. 126. Reichel, grundsätzlich Anhänger der Kaufvertragstheorie (Note 2 zu Art. 133), neigt in einzelnen Beziehungen der öffentlich-rechtlichen Auf-  
fassung des Steigerungsgeschäfts zu. Das nähere darüber unten.

<sup>4)</sup> Dernburg, Preussisches Privatrecht I § 343; in gleichem Sinne auch: Krech-Fischer, Preussisches Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883, 2. Aufl. § 5 (woselbst Literaturangabe) und Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechtes 2. Aufl. Bd II § 92. (In der von Lehmann besorgten

die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 sodann steht unter dem Einflusse dieser Idee, indem es bewusst vermeidet, in seiner Ausdrucksweise zu der Annahme Veranlassung zu geben, als habe man es bei der Zwangsversteigerung mit einem privatrechtlichen Kaufvertrage zu tun.<sup>5)</sup> Wohl die meisten Bearbeiter des geltenden Reichsrechtes verwerfen denn auch die Kaufvertragstheorie ausdrücklich und heben die publizistische Natur des Rechtsinstitutes bestimmt hervor.<sup>6)</sup>

Auf den nämlichen Standpunkt stellt sich die vorliegende Arbeit, die es unternehmen will, die Frage auf Grund des schweizerischen Rechtes zu behandeln. In deren erstem, negativem Teil will der Verfasser den Nachweis versuchen, dass eine befriedigende theoretische Erklärung der in Frage stehenden Verhältnisse auf der Basis der Kaufvertragstheorie in ihren verschiedenen Modalitäten sich nicht gewinnen lässt, und dass praktisch die Annahme, es seien grundsätzlich die Rechtsregeln über den Kauf für die Zwangsversteigerung massgebend, zu Unbilligkeiten und Unzukömmlichkeiten führt. Der zweite, positive Teil enthält einen Versuch, die Natur der Zwangsversteigerung als eines im öffentlichen Rechte wurzelnden Rechtsinstitutes zur Darstellung zu bringen. Die Erörterungen betreffen dabei der Einfachheit halber zunächst lediglich die betreibungs-, nicht die konkursrechtliche Steigerung, wogegen in einem nachherigen Abschnitt auf die letztere zurückzukommen ist, soweit ihre Besonderheiten es erfordern. Sodann wird am besten auch der für unsere Frage praktisch wichtigste

---

3. Auflage, wird die Zwangsverkaufstheorie vertreten.) — Die Ausdrucksweise der preussischen Gesetzgebung spricht grammatisch zu Gunsten der Kaufvertragstheorie (s. Krech-Fischer, loc. cit. p. 108, 114 f. 124).

<sup>5)</sup> Vergl. Jaeckel, Kommentar zum Reichsgesetz § 81, Note 2, S. 277.

<sup>6)</sup> So Jaeckel, loc. cit. S. 277/78; Reinhard, Das Zwangsversteigerungsgesetz mit dem zugehörigen Einführungsgesetz § 44, Note I. 3 (mit Literaturangabe in fine); Freund, Zwangsvollstreckung in Grundstücke, 3. Aufl., S. 41. Dernburg, Bürgerliches Recht, III Bd, Sachenrecht § 252. — Bezuglich der (durch die Reichscivilprozeßordnung geregelten) Zwangsversteigerung von Mobilien ist die Kaufvertragstheorie zur Zeit noch die herrschende.

Punkt der Kompetenzausscheidung zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten einer gesonderten späteren Erörterung vorbehalten. Zum Schlusse werden wir uns noch eine kurze Ansichtsäusserung darüber erlauben, wie in einzelnen wichtigeren Punkten der vorwürfigen Materie die bevorstehende Revision des Gesetzes sich gestalten sollte.

### Erster Abschnitt.

#### **Kritik der Kaufvertragstheorie.**

##### I.

Es frägt sich vor allem, ob nicht überhaupt unser Gesetz die Zwangsversteigerung, in ihrer rechtlichen Bedeutung und Wirkung, bewussterweise als privatrechtlichen Kaufvertrag angesehen und behandelt wissen wolle. Mit der Bejahung dieser Frage würde natürlich der von uns vertretene Standpunkt ohne weiteres hinfällig: Die Kaufvertragstheorie wäre dann gesetzlich sanktioniert und es hätte für das schweizerische Recht keinen Zweck mehr, über die rechtliche Natur derselben Betrachtungen anzustellen. Das Rechtsinstitut müsste eben, auch wenn dem eine richtige theoretische Auffassung widerstreiten sollte, bestmöglich dem civilrechtlichen Prokrustesbett angepasst werden, in das es der Gesetzgeber einzwängt.

In diesem Sinne liesse sich darauf hinweisen, dass das Gesetz wiederholt von einem „Verkauf,“ einem „Verkaufen,“ dem „Verkaufsgegenstand,“ dem „Kaufpreise“ spricht.<sup>7)</sup> Indessen kann man hierin bei näherer Ueberlegung ein Argument von etwelcher Erheblichkeit dafür nicht finden, dass der Gesetzgeber bewussterweise diese Worte in ihrer spezifischen Bedeutung des gewöhnlichen obligationenrechtlichen Kaufge-

---

<sup>7)</sup> Anderseits kommt der amtliche Charakter des Steigerungsgeschäftes, im Unterschied zu einem privatrechtlichen Vertragsschlusse, im Ausdrucke „Zuschlag“ zur Geltung, und noch deutlicher in den französischen Ausdrücken „adjudication,“ „adjuger,“ „adjudicataire“ und den entsprechenden italienischen „aggiudicazione“ etc.

schäftes habe gebrauchen und dabei den allgemeinen Satz habe aufstellen wollen, dass die Zwangsversteigerung als Kaufvertrag gelten müsse, ein Satz, den er sich seiner Konsequenzen wegen, die unten zu erörtern sind, sicherlich näher überlegt und über den er sich genauer ausgesprochen haben würde. Vielmehr wollen jene Worte in jenem allgemeinen, auf juristische Präzision nicht Anspruch machenden Sinne verstanden sein, wonach beim Austausch einer Sache gegen Geld gemeiniglich von Verkauf gesprochen wird. Dies auch bei der Zwangsversteigerung zu tun, musste nahe liegen, weil ein allgemein üblicher und gemeinverständlicher Ausdruck für dieses spezielle Austauschgeschäft mangelt und weil dasselbe zudem mit der freiwilligen öffentlichen Steigerung — die sich als ein wirkliches, unter obrigkeitlicher Mitwirkung zum Abschluss gelangendes Kaufgeschäft darstellt — viele Aehnlichkeiten aufweist. Derartig juristisch ungenauer Ausdrucksweise bedient sich das Gesetz auch sonst, und es ist eben dann Sache der Interpretation, den wirklichen Willen des Gesetzgebers zu eruieren. Als charakteristisches Beispiel sei die durch Art. 260 den einzelnen Konkursgläubigern eingeräumte Befugnis genannt, die „Abtretung“ von gewissen Masseansprüchen zu verlangen. Dass damit das Gesetz keine „Abtretung,“ Cession im gewöhnlichen, privatrechtlichen Sinne im Auge hat, sondern dass das von ihm geordnete Rechtsverhältnis seinem Wesen nach davon völlig verschieden, konkursrechtlicher Natur, ist, wird allgemein anerkannt (vergl. z. B. E. B. XXVII<sup>II</sup> Nr. 15 Erwg. 4). Hier wie in unserm Falle handelt es sich um spezielle Rechtsverhältnisse, die noch wenig untersucht sind und für deren Bezeichnung es deshalb auch an einem speziellen technischen Ausdrucke gebriicht. Man nimmt deshalb zu einem bestehenden Ausdrucke Zuflucht, der einem — wenigstens äusserlich betrachtet — ähnlichen Rechtsverhältnis als Bezeichnung dient.<sup>8)</sup>

---

<sup>8)</sup> Ein ferneres Beispiel bietet der Ausdruck „Nutzniessung“ in Art. 93. Laut der Praxis will damit der Gesetzgeber etwas vom Begriffe der Nutzniessung im Rechtssinne verschiedenes bezeichnen (vergl. E. B. XXVIII<sup>I</sup> Nr. 91 und dortige Citate).

Im übrigen fehlen, soweit wir sehen, Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Gesetzgeber die Kaufvertragstheorie hätte sanktionieren wollen. Umgekehrt glauben wir aus der Art und Weise, wie er in Art. 143 Abs. 1 die Rechtsstellung des Ersteigerers positiv geregelt hat, annehmen zu können, dass er ihn nicht als Käufer im eigentlichen Sinne betrachten will (vergl. hierüber unten II, 4 B.).

Gemäss all' dem ist also die Frage nach der rechtlichen Natur der Zwangsversteigerung auch nach unserem Rechte nicht gesetzlich zu Gunsten der Kaufvertragstheorie gelöst.

## II.

Wird nach der Kaufvertragstheorie bei der Steigerung ein Kaufvertrag mit dem Ersteigerer abgeschlossen,<sup>9)</sup> so bedarf es dazu der vertraglichen Willenserklärungen eines Käufers und eines Verkäufers, durch welche Erklärungen eben die Rechtsbeziehungen geschaffen werden, die den Austausch des Steigerungsobjektes und des Erlöses gemäss den für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften regeln sollen. Diese Erklärungen erblickt nun die Praxis einerseits in dem Angebot des Ersteigerers, anderseits in dem Zuschlage des Steigerungsbeamten.<sup>10)</sup>

---

<sup>9)</sup> Archiv II Nr. 35; III Nr. 72: „des durch den Zuschlag abgeschlossenen Kaufgeschäfts;“ gleiche Wendung IV Nr. 114; III Nr. 120: „die Ersteigerung ist ein privatrechtlicher Kaufvertrag.“ Bundesgericht XXVIII<sup>II</sup> Nr. 38, Erw. 5: die Zwangsversteigerung „ist nichts anderes, als ein besonders geartetes Veräußerungsgeschäft;“ „durch den Zuschlag kommt ein Kaufvertrag zu Stande.“

<sup>10)</sup> Vergl. die Citate in Anm. 9, worin erklärt wird, dass der Zuschlag den Vertrag zum Abschluss bringe. Vergl. auch Jäger, Note 2 zu Art. 125, S. 223.

Die Kommentatoren Weber, Brüstlein und Reichel (1. Aufl., Note 3 und 2. Aufl., Note 4 zu Art. 126) und Rambert (Note 3 zu Art. 126) erklären: „Der Zuschlag bewirkt den Abschluss eines Veräußerungsvertrages, bei welchem die Steigerungsbedingungen und der Ausruf die Offerte, das Meistgebot die Annahme der Offerte bilden.“ Jene Offerte kann aber u. E. kein definitiver, bindender Vertragsantrag sein. Sonst müsste der Vertrag schon mit dem Meistangebot (als Annahme der

Der Zuschlag wäre also nach Auffassung der Kaufvertragstheorie die Erklärung des Verkäufers, das Steigerungsobjekt verkaufen zu wollen und zwar verkaufen zu wollen mit den als Steigerungsbedingungen dem Ersteigerer bekannt gemachten nähern Bestimmungen (Archiv II 35). Derart, als privatrechts-geschäftliche Willenserklärung aufgefasst, kann der Zuschlag nicht gleichzeitig die Natur einer dem öffentlichen Rechte angehörigen Willenserklärung, eines obrigkeitlichen Handelns haben.<sup>11)</sup> Das eine schliesst das andere aus. Oeffentlich-

---

Offerte) perfekt werden und hätte der Zuschlag, statt „den Abschluss des Veräußerungsvertrages zu bewirken,“ lediglich die deklarative Bedeutung einer Feststellung, dass der Vertrag durch das erfolgte Meistangebot mangels eines höhern Angebotes zum Abschluss gelangt sei. Nur diese Bedeutung legt denn auch in Wirklichkeit Windscheid, auf welchen Brüstlein und Rambert sich berufen (Pandekten 6. Aufl., Bd II, § 308, Ziff. 2, Note 11), dem Zuschlage bei (loc. cit. Note 14).

Die Argumente, welche wir später gegen die privatrechtliche Natur der Zwangsversteigerung vorbringen, wollen übrigens in gleicher Weise Geltung beanspruchen für den Fall, dass man entgegen der Praxis und der Auffassung jener Kommentatoren, dass der Zuschlag „den Abschluss des Veräußerungsvertrages bewirke,“ der Zuschlagserklärung einen solchen bloss deklarativen Charakter beilegt und den Kaufvertrag als mit dem Meistangebot zum Abschluss gelangend ansieht.

<sup>11)</sup> In diesen Widerspruch verwickelt sich u. E. die herrschende Auffassung: 1. Sie hält es für ausgeschlossen, dass das Angebot des Ersteigerers etwas anderes sein könne, als die privatrechtliche Willenserklärung einer Vertragspartei. Dieser Erklärung muss aber eine entsprechende privatrechtliche Erklärung einer Gegenpartei gegenüber stehen: der Zuschlag des Betreibungsbeamten. Damit wird die Kaufvertragstheorie sanktioniert. 2. Anderseits drängt aber die Natur des Betreibungsverfahrens und das Bedürfnis einer praktischen Durchführung desselben dazu, der Zuschlagserklärung auch einen betriebsrechtlichen Charakter beizulegen, sie als Verfügung nach Art. 17 B. G. aufzufassen, durch welche der Beamte das betriebsrechtliche Verwertungsverfahren zum Abschluss bringt und die gegebenen Falles einer Kassation von Seiten der Aufsichtsbehörden unterliegt.

Eine solche Doppelnatur kann u. E. der nämliche Willensinhalt nicht haben. Der Betreibungsbeamte kann nicht die eine Rechtshandlung des Zuschlages gleichzeitig als privat- und als öffentlich-rechtliche vornehmen. Entweder handelt er (kraft seines Amtes) privatrechtlich (vergl. Note 20), oder aber er handelt obrigkeitlich: die Zuschlagserklärung selbst ist Betätigung seiner Amtsgewalt. Das letztere ist allerdings in dem Sinne möglich,

rechtlicher (betreibungsrechtlicher) Art können nur die dem Zuschlag vorausgehenden zum Steigerungsverfahren gehörenden Erklärungen und Handlungen des den Zuschlag erklärenden (den Kauf abschliessenden) Beamten sein. Der Beamte erfüllt allerdings mit der Erklärung des Zuschlages eine ihm obliegende (öffentlich-rechtliche) Amtspflicht und die Erklärung des Zuschlages bildet auch insoweit einen integrierenden Teil des Steigerungsverfahrens. Die Erklärung selbst kann aber trotzdem, wenn ein privatrechtlicher Kaufvertrag abgeschlossen werden soll, nur ein privatrechtliches Handeln darstellen, gleichwie in den Fällen, wo der Staat als Fiskus staatliches Vermögen verkauft, der verkaufende Beamte im Namen des Staates als privatrechtlicher Verkäufer auftritt.

Die nächste (für die Rechtfertigung der Kaufvertragstheorie nicht zu umgehende) Frage ist die nach der Person des Verkäufers. Schliesst der Steigerungsbeamte mit der Erteilung des Zuschlages den Kauf für sich ab, oder handelt er als Stellvertreter eines Dritten, und wer ist dieser dritte Verkäufer?

Die Rechtsprechung hat sich, so viel wir sehen, mit der Frage eingehender nie beschäftigt. Ungefähr folgendes lässt sich als ihr Ergebnis bezeichnen: Im Entscheide i. S. Schwab (Archiv III Nr. 72), der für die Sanktion der Kaufvertragstheorie von Seiten der Praxis grundlegend geworden ist, erklärt der Bundesrat: die „Partei,“ die aus dem Zuschlag Rechte ableiten wolle, (sei es der Ersteigerer auf Lieferung der Ware,

dass Zweck und Wirkung dieses obrigkeitlichen Handelns, wie bei einem privatrechtlichen Vertragsschlusse, darin besteht, ein privatrechtliches Rechtsverhältnis und speziell ein Kaufvertragsverhältnis zur Entstehung zu bringen. (Auch nach unserer später zu entwickelnden Ansicht entsteht durch den Zuschlag als ein obrigkeitliches Handeln ein Privatrechtsverhältnis, freilich nicht nur ein solches, sondern auch ein betreibungsrechtliches Verhältnis, und ist das erstere kein Kaufvertragsverhältnis.)

Auf die genannte Unterscheidung, wonach der Zuschlag sowohl privatrechtliche Willenserklärung als Verfügung wäre, gründet die herrschende Auffassung ihre Teilung zwischen den Kompetenzen der Gerichts- und der Aufsichtsbehörden betreffend die Zwangsversteigerung. Dieser Punkt ist später zu erörtern.

sei es das „Amt“ [Konkursamt] auf Bezahlung des Preises), habe hiefür, wenn keine Einigung erzielt werde, den Rechtsweg zu betreten. — Danach hätte dasjenige Organ der Zwangsvollstreckungsgewalt (Betreibungsamt, Konkursamt, Konkursverwaltung),<sup>12)</sup> welches das Steigerungsverfahren durchführt, als Verkäufer zu gelten. Damit stimmt überein, was der Bundesrat i. S. Jobin (Archiv V Nr. 26) ausführt: Der Ersteigerer wolle seine (teilweise noch unbezahlte) Schuld mit einer Forderung verrechnen, die ihm gegen die betreibende Gläubigerin zustehe. Allein er schulde die Kaufpreisrestanz nicht diesem oder jenem an der Betreibung beteiligten Gläubiger, sondern dem „Betreibungsamt.“ Die Verrechnung sei daher schon wegen mangelnder Identität der Personen ausgeschlossen. — Das Bundesgericht hat dieser Auffassung unseres Wissens nicht widersprochen. In seinem Entscheide i. S. Spiel (Amtl. Sammlung Bd XXVIII<sup>II</sup> Nr. 69 S. 587) scheint es aber nunmehr Zweifel zu hegen, indem es erklärt: Als Subjekt der Schadensersatzforderung des Art. 143 gegen den säumigen Ersteigerer (fol. encherisseur) wegen Nichterfüllung des Gantkaufvertrages könne im Pfändungsverfahren nur „das Betreibungsamt, welches den Zuschlag erteilt, oder aber der Eigentümer des Objektes, welches versteigert wurde, angesehen werden.“

Von den Kommentatoren schliesst sich Jäger offenbar der Anschauung des Bundesrates an, wenn er (Art. 125 Note 2 S. 223 unten) sagt: „Ist einmal der Zuschlag erfolgt, so ist damit zwischen dem B. A. und dem Ersteigerer ein privatrechtlicher Kaufvertrag zustande gekommen“ (vergl. auch Art. 136 Note 3 unten). Reichel (Art. 133 Note 2) bezeichnet als Verkäufer den „Schuldner,“ an dessen Platz der Betreibungsbeamte die Liegenschaft zum Ausrufe bringe.<sup>13)</sup>

Eine vollständige Behandlung unseres Themas erfordert, alle diejenigen Personen ins Auge zu fassen, welche als privat-

---

<sup>12)</sup> Auf die Stellung der Konkursverwaltung bei der Zwangsversteigerung wird später noch eingetreten werden.

<sup>13)</sup> Weber, Brüstlein und Rambert sprechen sich über die Frage nicht aus.

rechtliche Verkäufer überhaupt in Betracht kommen können, und vom Standpunkte jeder Einzelnen aus die Kaufvertrags-theorie auf ihre theoretische Richtigkeit und praktische Brauchbarkeit zu prüfen. Diese Personen sind unseres Erachtens (für das zunächst allein in Betracht zu ziehende Betreibungs-verfahren) folgende:

1. Der Betreibungsbeamte.
2. Das Betreibungsamt, d. h. der durch dieses handelnde Staat als vermögensrechtliche Persönlichkeit.
3. Der bezw. die betreibenden Gläubiger.
4. Der Eigentümer des Steigerungsobjektes (betriebener Schuldner oder Dritteigentümer).

### 1.

Der Betreibungsbeamte<sup>14)</sup> handelt bei Erteilung des Zuschlages als Beamter, als Organ der öffentlichen Gewalt, in Ausübung der ihm übertragenen amtlichen Funktionen, nicht als Privatmann. Daher kann er auch nicht in letzterer Eigenschaft verkaufen, wie ein Verkäufer berechtigt und verpflichtet und speziell Subjekt der Preisforderung, von Gewährleistungspflichten etc. werden. Aber auch nicht in der Weise lässt sich ein privatrechtlicher Vertragsschluss und die Entstehung eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses annehmen, dass es für den Beamten zur Ausübung seiner Funktionen, zur Erfüllung seines Amtsauftrages gehörte, persönlich als Verkäufer zu kontrahieren, sich gegenüber dem Ersteigerer zu berechtigen und zu verpflichten. Mit einem solchen Verhältnis, mag es auch juristisch denkbar sein, hat man es hier nicht zu tun. Der Beamte ist lediglich das Organ, durch das sich die staatliche Vollstreckungsgewalt äussert, und es kann ihm unmöglich obliegen, bei den zahlreichen Steigerungen, die

---

<sup>14)</sup> Mit der Leitung der Steigerungsverhandlungen und mit der Erteilung des Zuschlages kann auch ein vom Betreibungsbeamten verschiedener, durch das kantonale Recht als zuständig erklärter Beamter (Weibel etc.) betraut sein (vergl. Archiv II, Nr. 129, Erw. 5; III, Nr. 128 c.). Derselbe kann aus den im Text bezüglich des Betreibungsbeamten angeführten Gründen ebenfalls nicht als Verkäufer im Rechtssinne gelten.

er jahraus jahrein abzuhalten hat, persönlich als private Vertragspartei sich zu beteiligen und als Verkäufer einzustehen. Die Konsequenzen aus dieser Auffassung zu ziehen, speziell was die Gewährleistungsansprüche (s. unten sub 4, C.) anbelangt, würde sich die Praxis gewiss hüten. Was dazu führen kann, im Beamten den Verkäufer zu finden, ist allein das theoretische Bestreben, durch ihn juristisch die Veränderungen vermitteln zu lassen, welche die Zwangsversteigerung im Vermögensbestande der Parteien (speziell des Schuldners bzw. Dritteigentümers und des Ersteigerers) hervorbringt. Eines solchen privatrechtlichen Figuranten bedarf es dann nicht mehr, wenn man anerkennt, dass das obrigkeitliche Handeln des Beamten als eines Organs der Zwangsvollstreckungsgewalt die Kraft ist, welche diese Rechtsveränderungen auswirkt, indem dann das Hilfsmittel eines Vertrages, oder wenigstens eines privatrechtlichen Vertrages unnötig wird (vergl. unten II. Abschnitt). Alsdann ist auch klar, dass die privatrechtliche Haftung des Beamten, soweit eine solche besteht, nicht die eines Verkäufers ist, sondern nur in seiner obrigkeitlichen Tätigkeit ihren Rechtsgrund haben kann, sich somit darstellt als eine Schadensersatzhaftung nach Art. 5 B. G. wegen pflichtwidriger Ausübung jener Tätigkeit.

## 2.

Gegen die Annahme, dass das „Betreibungsamt“ Verkäufer sei, glauben wir einwenden zu können: Das Betreibungsamt ist eine (aus einer einzelnen Person, dem Betreibungsbeamten bestehende) staatliche Behörde,<sup>15)</sup> als solche aber keine Person, die Verträge eingehen und persönliche Trägerin von privaten Rechten und Pflichten sein könnte. Die Tätigkeit des Betreibungsamtes kann vermögensrechtlich in doppelter Weise Bedeutung haben: Entweder so, dass vermögensrechtliche Wirkungen nur für die im Betreibungsverfahren beteiligten oder allfällige sonstige Private erzeugt

---

<sup>15)</sup> Auch wenn Gemeindeorgane, wie im Kanton Zürich die Gemeindepräsidenten, mit den Funktionen des Betreibungsamtes betraut sind. Sie handeln in dieser Eigenschaft als Organe des Staates (Kantons).

werden: dies z. B., wenn das Amt das Eigentum am Verwertungserlös vom betriebenen Schuldner auf den betreibenden Gläubiger überträgt, eine gepfändete Forderung dem betreibenden Gläubiger im Sinne von Art. 131 an Zahlungsstatt anweist etc. Oder aber so, dass das „Betreibungsamt“ mit seiner Tätigkeit selbst in eine vermögensrechtliche Beziehung zu Dritten eintritt, indem z. B. durch Vornahme eines Betreibungsaktes eine (staatliche) Gebührenforderung, infolge Verwendungen, für den Unterhalt einer gepfändeten Sache Ersatzforderungen gegen den Gläubiger oder den Schuldner entstehen etc. Im letztern Falle ist der Ausdruck „Betreibungsamt“ nur eine besondere Bezeichnung für den Begriff „Staat.“ Vermögensrechtlich hat das Betreibungsamt den Charakter einer blosen staatlichen Kassenstelle (*statio fisci*), seine vermögensrechtlichen Handlungen (Verträge etc.) und die dadurch begründeten Rechte- und Verbindlichkeiten sind solche des staatlichen Fiskus, d. h. des Staates als vermögensrechtlicher Persönlichkeit. Daraus erhellit, dass sich, genauer besehen, nicht vom Betreibungsamte, sondern nur vom Staat als Verkäufer bei der Zwangsversteigerung sprechen lässt, dass in Wirklichkeit der Staat durch das Amt, d. h. den Beamten als Staatsorgan, den Kaufvertrag abschliesst und so in die Rechtsstellung eines Verkäufers eintritt. Dieser Auffassung stehen nun aber offenbar die nämlichen Bedenken entgegen, wie der vorher erörterten Eventualität, wonach der Betreibungsbeamte persönlich kraft seines Amtsauftrages als Verkäufer zu gelten hätte. Auch der Staat würde in dieser Weise eine blosse Figurantenrolle spielen, privatrechtliche Rechte und Pflichten übernehmen rein nur pour les besoins de la cause, als blosse Mittelperson zwischen beteiligten Privaten, ohne dass es mit seiner Berechtigung und Verpflichtung ernst gemeint sein könnte. Auch hier ergibt sich die Entbehrlichkeit einer derartigen privatrechtlichen Hilfsvorstellung, sobald man zugibt, dass ein Akt der öffentlichen Gewalt für sich allein die bezweckte Verschiebung im Vermögensstande Privater zu bewirken vermag (darüber unten II. Abschnitt). Alsdann ist aber ebenfalls erstellt, dass eine privatrechtliche Haftung des Staates nach Kaufsrecht nicht

möglich ist, sondern eine Haftung desselben nur aus der im Steigerungsverfahren und speziell im Zuschlag erfolgten Ausübung öffentlicher Gewalt sich herleiten lässt (namentlich als Haftung des Staates für pflichtwidriges Handeln seiner Beamten, B. G. Art. 6).

### 3.

Erblickt man im betreibenden Gläubiger den Verkäufer, so muss sich die Kaufvertragstheorie des nähern ungefähr wie folgt gestalten: Man hat es, da das Steigerungsobjekt nicht im Eigentum des Gläubigers steht, mit dem Verkauf einer fremden Sache zu tun, wie das Obligationenrecht ja einen solchen zulässt (vergl. Kommentar Hafner Art. 229 Note 3). Ausserhalb des Betreibungsverfahrens hätte bei dieser Art des Verkaufes der verkaufende Gläubiger, um seinem Käufer die Sache zu verschaffen, mit deren Eigentümer ein die Erfüllung dieser Pflicht ermöglichendes privatrechtliches Abkommen zu treffen. Hier aber bedarf er dessen nicht mehr vermöge seiner betreibungsrechtlichen Stellung: Mit der gültigen Pfändung (bezw. bei der Betreibung auf Pfandverwertung mit der exekutionsmässigen Verhaftung der Pfandsache) ist eine Rechtsbeziehung zwischen dem betreibenden Gläubiger und dem betriebenen Schuldner (bezw. Dritteigentümer) gegeben, wonach letzterer eine Ausscheidung der Sache aus seinem Vermögen zu Gunsten des Gläubigers sich gefallen lassen muss, was diesen in die Lage setzt, als Käufer die kaufsmässige (Art. 229 O. R.) Uebergabe der Sache an den Ersteigerer bewirken zu können. Durch das Verwertungsbegehren beauftragt nun der Gläubiger das Amt als Behörde, den Kaufvertrag mit dem Ersteigerer einzugehen und zu vollziehen. Dabei steht allerdings das Amt dem Gläubiger nicht als gewöhnlicher privatrechtlicher Stellvertreter gegenüber. Vielmehr handelt es sich um eine „aus Verhältnissen des öffentlichen Rechtes hervorgehende Ermächtigung,“ „im Namen eines andern Verträge abzuschliessen“ gemäss Art. 38 O. R. Art und Weise der Ausführnng des Verkaufauftrages und der Liquidation des Vertragsverhältnisses sind zum vornherein

bindend, durch die gesetzlichen Vorschriften über das Betriebsverfahren bestimmt und damit einer besondern Gestaltung dieses Stellvertretungsverhältnisses seitens der Parteien entzogen. Wird das Steigerungsobjekt zu Gunsten mehrerer Gläubiger verwertet, so wären dieselben als gemeinsame Verkäufer anzusehen.

Dieser Konstruktion der Zwangsversteigerung scheint uns vor den zwei vorher besprochenen der Vorzug zu gebühren. Dagegen vermag auch sie u. E. dem Wesen und Zwecke des Rechtsinstitutes nicht gerecht zu werden. Sie räumt dem Gläubiger zu Ungunsten des betriebenen Schuldners mehr Befugnisse ein, als er zu einer wirksamen Durchführung der Betreibung (— über was hinaus er vernünftigerweise nichts verlangen kann —) bedarf. Der betreibende Gläubiger würde durch den Verkauf Gläubiger der Kaufpreisforderung gegen den Ersteigerer und zwar auch dann und soweit, als diese den Betrag seiner zu exequierenden Ansprache gegen den Schuldner übersteigt; er würde Gläubiger werden und bleiben, auch wenn jene Ansprache aus irgend einem Grunde (durch Zahlung, Konfusion etc.) untergegangen ist. Dem Schuldner stände gegenüber dem Gläubiger ein wirksames gesetzliches Mittel nicht zu Gebote, um eine Ausgleichung dieser ungerechtfertigten Besserstellung durchzuführen. Sofern ein Anspruch auf Cession der überschüssigen Forderungsquote bzw. auf Aushingabe des vom Ersteigerer bereits bezahlten Betrages gesetzlich begründet sein sollte, so wäre dies doch, namentlich bei einer Mehrheit betreibender Gläubiger, ein recht unsicheres Mittel, schon weil vor seiner möglichen Ergreifung eine Schädigung des Schuldners durch den Gläubiger längst erfolgt sein kann. Die Notwendigkeit, auf solchen Umwegen den dem Recht entsprechenden Zustand herbeizuführen, beweist übrigens schon das Unzulängliche der Konstruktion. Wendet man aber ein, die Kaufpreisforderung könne nur vom Betriebungsamt und in dem gesetzlichen Verfahren geltend gemacht werden, und das Amt habe dafür zu sorgen, dass der ganze Erlös bzw. der Ueberschuss, sobald er für die Befriedigung der zu deckenden Forderung nicht mehr nötig sei, dem

Schuldner zukomme, so wird damit indirekt zugegeben, dass der Gläubiger nicht ein wirklicher Verkäufer sei und nicht in der civilrechtlichen Stellung eines solchen sich befinden könne. Unter der civilrechtlichen Maske blickt dann auch hier die betreibungsrechtliche Natur des Verhältnisses deutlich durch: Man glaubt, ohne den Gläubiger zum Verkäufer zu machen, dessen Befugnisse bezüglich des Exekutionsobjektes rechtlich nicht erklären zu können.

Zu dem erörterten Argumente gesellen sich nun noch eine Reihe weiterer, die gleichzeitig gegen die Auffassung sprechen, dass der Schuldner bzw. Dritteigentümer Verkäufer sein könne, und infolgedessen in einem späteren Zusammenhange näher begründet und hier bloss vorläufig aufgezählt werden sollen.

A) Dass der betreibende Gläubiger durch das Betreibungsamt keinen civilrechtlichen Vertrag abschliesst, ist deshalb anzunehmen:

a) weil dieser angebliche Vertrag, auch wenn er civilistisch durchaus rechtsgültig wäre, doch nicht die Kraft eines gewöhnlichen civilrechtlichen Vertrages besitzen würde, sondern nachträglich auf Anstoss dritter Personen aus betreibungsprozessualischen Gründen wieder zu Fall gebracht werden könnte (darüber unten 4, A.);

b) weil von Seiten des Verkäufers der Rücktritt wegen Verzuges von diesem angeblichen Vertrage nicht mit privatrechtlichen Mitteln geschehen würde, sondern kraft Amtsgewalt, durch das Mittel einer betreibungsrechtlichen Verfügung (darüber unten 4, B.);

c) weil den betreibungsrechtlichen Interessen des betreibenden Gläubigers damit nicht gedient ist, dass er eine civilrechtliche Forderung gegen den Ersteigerer erhält, sondern nur damit, dass (wie auch positiven Rechts ist), der Ersteigerer dem Amte in einer Weise betreibungsrechtlich gebunden wird, die den prompten Eingang des Erlösес ermöglicht (darüber unten 4, B.);

B) Das Verhältnis, welches für den betreibenden Gläubiger durch den Zuschlag geschaffen wird, kann kein Kaufver-

tragsverhältnis sein: Sonst würde der Gläubiger nicht nur, wie bereits oben ausgeführt, als Verkäufer mehr Rechte erhalten, als ihm nach seinen betreibungsrechtlichen Interessen gebühren; sondern man würde ihm mit der Rolle eines Verkäufers umgekehrt auch Pflichten auferlegen, die ihm füglicherweise nicht zuzumuten sind, so vor allem die Währspflicht für rechtliche oder physische Mängel des Steigerungsobjektes (darüber unten 4, C.).

#### 4.

Es verbleibt noch die letzte Modalität der Verkaufstheorie, diejenige, welche im betriebenen Schuldner (bezw. Dritteigentümer) den Verkäufer erblickt.<sup>16)</sup> Danach wird, was das natürlichste ist, das Steigerungsobjekt von seinem Eigentümer verkauft. Danach erwirbt namentlich auch der Eigentümer als Gläubiger die Kaufpreisforderung. Letzteres lässt sich gewiss allein rechtfertigen; denn durch die Zwangsversteigerung soll eine Vermögensverminderung für den Eigentümer nur in dem Masse erfolgen, als es der Betreibungszweck erheischt, und es muss deshalb im Vermögen des bisherigen Eigentümers an Stelle der Sache die Preisforderung<sup>17)</sup> treten, diese allerdings in gleicher Weise betreibungsrechtlich verhaftet, wie es die Sache war. Vermöge dieses betreibungsrechtlichen Beschlages kann die Forderung gültig nur vom Amte geltend gemacht werden und hat das Amt den Bareingang nach Massgabe der Vorschriften über das Verteilungsverfahren zu verwenden. Soweit aber Betreibungsrechte nicht entgegenstehen oder entgegenstehende dahinfallen, kommen dem früheren Eigentümer die Befugnisse eines civilrechtlichen Forderungsgläubigers zu.

---

<sup>16)</sup> So Reichel, Kommentar Art. 133, Note 2. Für das zürcherische Recht: Bluntschli, Kommentar zum privatrechtlichen Gesetzbuch Note 1 zu alt § 1478 und Schneider, Kommentar Note 1 zu § 468. — Für das französische Recht: Baudry-Lacantinerie, Traité de Droit civil, vente et échange Nr. 355.

<sup>17)</sup> Mit ihren Accessorien (z. B. Zinsen, Bürgschaftsverpflichtungen) und Surrogaten (namentlich der Ausfallsforderung der Art. 129, Abs. 4 bzw. 143, Abs. 2; vergl. B. E. Bd XXVIII II Nr. 69, Erw. 4, S. 587 unten).

Wie oben, wo der betreibende Gläubiger als Verkäufer supponiert war, so kann auch hier die Ermächtigung des Amtes, mit dem Dritten den Kaufvertrag abzuschliessen, aus keiner privatrechtlichen Vollmachtseilung hergeleitet werden, sondern nur „aus einem Verhältnisse des öffentlichen Rechtes hervorgehen“ (Art. 38 O. R.), nämlich aus dem gegebenen betriebsprozessualischen Verhältnisse, gemäss welchem der Betreibungsbeamte auf das Verwertungsbegehren hin in Erfüllung seiner Amtspflicht zum Verkaufe zu schreiten hat. Während aber vorhin der betreibende Gläubiger, wenn er auch dem Amte nicht als privatrechtlicher Mandant gegenüberstand, so doch als Verkäufer die für die Vornahme des Kaufabschlusses entscheidende Willenserklärung an das Amt abzugeben hatte, während ferner der Kaufabschluss seinem persönlichen Interesse diente (durch Umsetzung des Exekutionsobjektes in Geld die Bezahlung der betriebenen Forderung zu erlangen), so ist hier keines von beiden der Fall: Der Wille des Eigentümers richtet sich für die Regel gegen die Versteigerung der Sache und wo dies ausnahmsweise nicht zutreffen sollte, ist von Bedeutung dafür, ob eine wirkliche Zwangsversteigerung stattzufinden habe oder nicht, der Wille allein des betreibenden Gläubigers, der gestützt auf die gesetzlichen Voraussetzungen das Verwertungsbegehren stellt.<sup>18)</sup> Und ebenso erfolgt die Abhaltung der Steigerung als solche im Interesse allein des Gläubigers.<sup>19)</sup>

Diese Momente beweisen u. E. freilich noch nicht, dass hier kein Vertrag namens des Eigentümers abgeschlossen werde. Auch der Vormund kontrahiert im Namen des Mündels ohne, oft gegen dessen Willen, kraft seiner vormundschaftlichen Gewalt. Und es ist ja auch wohl möglich, dem Gewaltverhältnis, in welches der Eigentümer des Exekutionsobjekts, in Hinsicht auf dasselbe, gegenüber dem Amte als Behörde durch die Betreibung eintritt, den Inhalt zu geben, dass das Amt, mit dem Ersteigerer privatrechtlich kontrahierend, den Eigentümer nicht nur gegen seinen Willen, sondern auch entgegen

---

<sup>18)</sup> und <sup>19)</sup> s. unten Note 33 und die betreffende Textstelle vor und nachher.

seinem Interesse (und in demjenigen des betreibenden Gläubigers) verpflichten könnte.<sup>20)</sup>

Nun halten wir indessen aus verschiedenen anderweitigen Gründen auch diese Art der Kaufvertragstheorie, der wir sonst vor den übrigen den Vorzug geben würden, für unfähig, mit den Mitteln der privatrechtlichen Vertragslehre das Rechtsinstitut vollständig und richtig zu erfassen. Diese Gründe, welche zum Teil auch gegenüber den vorher besprochenen Arten dieser Theorie Geltung beanspruchen, sollen im Nachfolgenden entwickelt werden.

**A.** Vom Standpunkte der Kaufvertragstheorie aus ist die Willenserklärung des Amtes bei Erteilung des Zuschlages privatrechtlicher Natur. Es ist die Erklärung des eine Sache veräußernden Verkäufers oder seines Stellvertreters. Dies liesse annehmen, dass die Fragen: ob diese Erklärung rechtsgültig sei und in Verbindung mit der des Vertragsgegners die ihr normaler Weise zukommenden Rechtswirkungen (Begründung eines Kaufvertragsverhältnisses zwischen Veräußerer und Ersteigerer) entfalte, und ob und unter welchen Voraussetzungen ihr diese Rechtswirkungen (durch mögliche Anfechtung des Geschäftes

<sup>20)</sup> Als Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mag es wohl aufzufassen sein, wenn das Amt zum Zwecke der Verwaltung des Exekutionsobjektes von einem Dritten eine Sache erwirbt, sich Dienstleistungen versprechen lässt etc. In diesen Fällen wäre dann u. E. (entsprechend der zuletzt erörterten Modalität der Kaufvertragstheorie) im betriebenen Schuldner bzw. Pfandeigentümer die dem Dritten gegenüberstehende privatrechtlich verpflichtete Partei zu erblicken. Das Amt vermöchte diese Partei kraft seiner betreibungsrechtlichen Kompetenzen, kraft einer „aus Verhältnissen des öffentlichen Rechtes hervorgehenden Ermächtigung“ (Art. 38 O. R.), gegen ihren Willen und auch gegen ihr Interesse, zu verpflichten (insoweit es diesem Interesse entgegenstehende gesetzlich anerkannte Interessen des betreibenden Gläubigers zu wahren hat). Der Schuldner bzw. Dritteigentümer müsste es sich als eine Ausserung des gegen ihn wirkenden Betreibungszwanges gefallen lassen, dass ihm, wenigstens im Umfang einer auf das Exekutionsobjekt begrenzten Haftung, Verpflichtungen auferlegt werden, und dass die Ausübung der in seiner Person gegenüber dem dritten Vertragsschliessenden begründeten Rechte vorab im Interesse des betreibenden Gläubigers stattfindet (soweit es die gesetzliche Verfolgung des Betreibungszweckes zulässt bzw. erfordert).

etc.) wieder genommen werden können, sich nach den für privatrechtliche Verträge und speziell für den Kaufvertrag geltenden Bestimmungen zu beurteilen hätten und nur nach diesen Bestimmungen.

Dem ist nun aber in Wirklichkeit nicht so: Der durch den Zuschlag zu Stande gekommene Kaufvertrag kann auf dem Beschwerdewege von Personen, die nicht als Vertragsparteien beteiligt sind, kraft ihnen zustehender Befugnisse betreibungsrechtlicher Natur wieder zu Falle gebracht werden.<sup>21)</sup>

Der Beschwerdeführer beruft sich hiebei möglicherweise auf einen Mangel im Zuschlag selbst, d. h. in der vertraglichen Willenserklärung des Verkäufers bzw. seines Stellvertreters. So z. B. wenn er auf eine Verletzung des Deckungsprinzipes (Archiv V Nr. 27, 46 und 78) abstellt: Damit behauptet er, dass der Kauf einen gesetzlich unstatthaften Vertragsinhalt habe, insofern der Kaufpreis zu tief bemessen sei, so tief, dass die der betriebenen Forderung vorgehenden Pfandforderungen nicht daraus befriedigt werden können. So ferner, wenn der Beschwerdeführer behauptet: es hätte dem Ersteigerer ein Zahlungstermin eingeräumt werden sollen (Archiv III Nr. 104).

Angriffspunkt des Beschwerdeführers kann aber auch ein Mangel des dem Zuschlag vorausgegangenen amtlichen Verfahrens sein. Mit der Aufhebung dieses Verfahrens fällt dann der Zuschlag d. h. das aus diesem hervor-

---

<sup>21)</sup> Dass ein privatrechtliches Rechtsgeschäft nachträglich aus betreibungsrechtlichen Gründen wieder aufgehoben oder doch in seinen Rechtswirkungen gehemmt werden kann, ist allerdings nicht unmöglich, wie die *actio Pauliana* zeigt. Aber ein solches privatrechtliches Rechtsgeschäft kann u. E. nur vorliegen, wenn es das Merkmal etwelcher Selbständigkeit aufweist, nicht aber, wenn in der im Texte geschilderten Weise ein untrennbarer Zusammenhang mit dem Betreibungsverfahren und ein völliges Abhängigkeitsverhältnis zu ihm besteht. Alsdann kann es sich u. E. nur um ein der Betreibung angehöriges, betreibungsrechtliches Geschäft (freilich mit möglichen zivilrechtlichen Wirkungen) handeln. Man vergleiche mit dem geschilderten unselbständigen Steigerungs„kaufe“ die Selbständigkeit eines gewöhnlichen Kaufes, den das Amt bei Verwaltung des Exekutionsobjektes abschliesst.

gegangene Kaufvertragsverhältnis zwischen Verkäufer und Ersteigerer dahin.<sup>22)</sup> Den Zuschlag aufheben bedeutet ja nicht, die erfolgte Zuschlagsklärung nachträglich ungeschehen machen, was unmöglich ist, sondern die mit dieser Erklärung beabsichtigte Rechtswirkung, d. h. eben die Begründung eines Kaufvertragsverhältnisses, als nicht eingetreten erklären. Beschwerdegründe dieser Art und mit dieser Wirkung sind z. B.: es sei die Abhaltung der Steigerung dem Beschwerdeführer nicht, wie gesetzlich vorgeschrieben, bekannt gegeben und er dadurch geschädigt worden (Archiv V 100 [E. B. XXII Nr. 102]); oder man habe es mit einer gemäss Art. 127 Abs. 3 bzw. Art. 142 Abs. 3 nicht mehr statthaften dritten Steigerung zu tun (Archiv V 28, und Journal des Tribunaux, Jahrgang 1892 S. 594) etc.

Zu den anfechtungsberechtigten Personen rechnet die Praxis insbesondere: den Schuldner (Archiv V 27), den betreibenden Gläubiger (Archiv V 100), die nicht betreibenden Pfandgläubiger (Archiv IV 53), den Bürgen (Archiv III 104, s. Tatbestand), den Ersteigerer und den Mitbieter (s. unten).

Wenn man hiebei den Schuldner als den Verkäufer ansieht, so bietet sich das Eigentümliche, dass die eine Vertragspartei beim Kaufvertrage diesen hernach unter Umständen<sup>23)</sup>

---

<sup>22)</sup> Vergl. Jäger, Kommentar Art. 125, Note 2, S. 225 (nach Erwähnung der Fälle, in denen die Aufhebung des Zuschlages durch den Betriebsbeamten oder die Aufsichtsbehörden zu erfolgen hat): „Die privatrechtliche Wirkung einer Aufhebung der ganzen Steigerung, sowie der Aufhebung bloss des Zuschlages ist im übrigen die, dass der erteilte Zuschlag hinfällig wird und daher das mit dem Ersteigerer abgeschlossene Kaufgeschäft mangels gegenseitiger Willensübereinstimmung als nicht zu Stande gekommen gilt, somit die gegenseitig gemachten Leistungen zurückzugeben sind.“

Zu der Annahme der Kaufvertragstheorie, dass die Aufhebung des Zuschlages dem Richter noch die Möglichkeit offen lasse, über Inhalt und rechtliche Tragweite des Kaufvertrages zu entscheiden, werden wir später bei Erörterung der Kompetenzausscheidung zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten Stellung nehmen.

<sup>23)</sup> So besonders, wenn der Schuldner auf Mängel des dem Zuschlage vorangegangenen Verfahrens abzustellen vermag. — In diesem Zusammenhang mag auch auf den öfters gegen die Kaufvertragstheorie erhobenen Ein-

wieder zu nichts machen kann in ihrer Stellung eines Beteiligten im Betreibungsverfahren, kraft betreibungsrechtlicher Befugnisse, während sie es in ihrer civilrechtlichen Stellung eines Verkäufers nicht vermöchte. Das gleiche gilt in entsprechender Weise vom betreibenden Gläubiger als Verkäufer.

Ueberhaupt aber erhellt aus all' dem, in welch' untrennbarem Zusammenhang und in welcher Abhängigkeit die angebliche privatrechtliche Willenserklärung, durch welche der Kauf geschlossen werden soll (Zuschlag), und das dadurch geschaffene Kaufvertragsverhältnis vom gesamten Steigerungsverfahren und der Geltendmachung betreibungsprozessualischer Befugnisse Dritter steht. Dies lässt sich aber mit der Annahme kaum vereinbaren, dass der Beamte (in eigenem oder fremden Namen) wie ein gewöhnlicher Verkäufer kontrahiere. Ein derartiges privatrechtliches Handeln würde doch in gewissem Masse die Fähigkeit voraussetzen, aus sich selbst heraus, kraft der eigenen Willensmacht bezw. derjenigen des vertretenen Verkäufers, die gewollten privatrechtlichen Beziehungen mit der solchen zukommenden Rechtsbeständigkeit zu begründen. Statt dessen muss hier der Beamte, um gültig zu handeln, ein wachsames Auge darauf haben, dass er ob dem Interesse des Verkäufers dasjenige neben diesem stehender, am Abschluss des Kaufes interessierter Personen nicht übersehe. Zu dieser vielseitigen Gebundenheit gegen hinten kommt noch eine solche nach vorne: er handelt gegenüber seinem Mitkontrahenten, dem Ersteigerer, nicht frei, sondern dieser kann unter den gesetzlichen Voraussetzungen von ihm die Abgabe der Verkaufserklärung verlangen; die Praxis räumt ihm ein „Recht auf den Zuschlag“ ein.<sup>24)</sup> Daneben darf er, will er gültig verkaufen, neben

---

wand hingewiesen werden, dass, wenn die als Verkäufer betrachtete Person (Schuldner, Gläubiger etc.) als Bieter den Zuschlag erhält, sie mit sich selbst einen Kaufvertrag abschliessen würde.

<sup>24)</sup> Archiv I 59, II 83 Erw. 2, IV 18 und namentlich 114, V 78. — Bei der oben Note 10 erwähnten Auffassung Windscheids würde sich das Recht auf Erteilung des Zuschlages nicht als ein Recht auf Abschluss eines Vertrages darstellen, sondern als ein Recht auf Abgabe der den erfolgten Vertragsschluss konstaternden Willenserklärung des Amtes. — Aus dem

dem berechtigten Interesse des von ihm als Käufer behandelten Bieters dasjenige der Mitbieter nicht aus dem Auge verlieren (Archiv IV 80). Ja, nach dem vom Bundesgerichte (B. E. XXVII<sup>1</sup> Nr. 48 S. 281) aufgestellten Grundsätze, dass „im Begriffe der Verwertung die Gleichstellung aller Kaufreflektanten liege,“ müsste er wohl zum vornehmerein auch darauf bedacht sein, dass nicht nachträglich ein solcher Kaufreflektant ihm den Kaufvertrag wieder in Frage stelle.

Die Rolle eines derart zwischen den Beteiligten stehenden privatrechtlichen Kontrahenten kann dem Betreibungsbeamten, der den Zuschlag erteilt, nicht zukommen. Seine Stellung kann vielmehr nur über den Beteiligten sein, diejenige einer Amtsperson, welche in Ausübung öffentlicher Gewalt die Interessen der Beteiligten allseitig und in dem einem jeden gebührenden Masse wahrt.

Die geschilderte Unselbständigkeit haftet natürlich dem Steigerungskauf auch dann an, wenn man die zu seiner Begründung erforderliche vertragliche Willenserklärung des Verkäufers nicht im Zuschlag erblickt, sondern in dem ihm vorangegangenen, auf die Steigerungsbedingungen gestützten Ausruf (s. Anm. 10): Ist danach der Zuschlag eine Feststellung des erfolgten Vertragsschlusses, so hat seine Aufhebung die Bedeutung einer Feststellung, dass ein Vertragsschluss in Wirklichkeit nicht erfolgt sei.

**B.** Würde ferner vom Betreibungsbeamten ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen, so wäre anzunehmen, dass hinsichtlich der Ansprüche auf Erfüllung und aus nicht gehöriger Erfüllung dieses Vertrages die beiden Vertragsparteien, und speziell der Verkäufer, sich in der Stellung privatrechtlicher Vertragskontrahenten befinden. Dass dem aber nicht so sein kann, geht, wie uns scheint, in einem wichtigen Punkte positiv ans dem Gesetzestexte und im allgemeinen aus der Natur und dem Zwecke des Betreibungsverfahrens hervor.

---

erwähnten Zwang zum Abschluß eines Vertrages wollen wir nicht die logische Unmöglichkeit eines wirklichen Vertragsschlusses folgern.

In ersterer Hinsicht haben wir Art. 143 Abs. 1 B. G. im Auge: „Erfolgt die Zahlung (nämlich des Erlöses) nicht rechtzeitig, so wird die Uebertragung der Liegenschaft rückgängig gemacht und das Betreibungsamt ordnet sofort eine neue Steigerung an.“<sup>25)</sup> Wie vollzieht sich diese Rückübertragung der Liegenschaft, wenn sich der Ersteigerer als nunmehriger Eigentümer weigert, dazu Hand zu bieten? In privatrechtlicher Stellung stände offenbar dem Betreibungsbeamten (als Verkäufer oder Vertreter desselben) einzig das Mittel gerichtlicher Klage zu Gebote; er hätte unter Hinweis auf den erfolgten Vertragsrücktritt die Liegenschaft vor dem Richter zurückzufordern,<sup>26)</sup> bei welchem Anlass dann auch die Frage der Berechtigung des Vertragsrücktrittes und diejenige der Schadensersatzpflicht der einen oder andern Partei (je nachdem der Rücktritt ein berechtigter war oder nicht) zur Erörterung und Beurteilung kommen würde. Nun kann aber, wie bereits Reichel (Kommentar Art. 143 Note 2) überzeugend dargetan hat, nach dem Wortlaute des Art. 143 ein solches civilprozessualisches Verfahren unmöglich Platz greifen. Denn die darin dem Amt vorgeschriebene Verpflichtung, „sofort“ eine neue Steigerung anzuordnen, wäre nicht erfüllbar, wenn das Amt auf dem langwierigen Wege eines Rechtsstreites zwischen Privaten zuvörderst das vorherige Eigentumsverhältnis wieder herstellen müsste. Auch damit wäre offenbar nicht zu helfen, dass das Amt, ohne den Ausgang des Prozesses abzuwarten, zur neuen Versteigerung des noch im Streite liegenden Objektes

---

<sup>25)</sup> Der nur für die Liegenschaftsverwertung ausdrücklich ausgesprochene Satz betreffend die betreibungsamtliche Rückgängigmachung des Eigentumsübertrages findet unseres Erachtens auch auf die Versteigerung von Beweglichkeiten Anwendung, soweit er neben der Vorschrift des Art. 129 Abs. 2 (wonach hier die Uebergabe nur gegen Erlegung des Kaufpreises stattfinden soll) praktisch werden kann. Die Frage wird in einem Entscheide des Bundesgerichtes vom 26. April 1904 i. S. Aftergut offen gelassen.

<sup>26)</sup> Wo die Bestimmungen des Schweiz. Obligationenrechtes als kantonales Recht auf den Liegenschaftskauf anwendbar sind, würde es sich um eine Rückforderungsklage nach Art. 124 O. R. handeln, wobei Abs. 2 des Art. 143 B. G. die Schadensersatzpflicht in spezieller Weise normieren würde.

schreiten würde: Ein derartiges Verfahren liesse sich ebenfalls mit Art. 143 nicht vereinbaren, laut welchem zuerst die Rückübertragung und erst nachher die Anordnung der neuen Steigerung stattzufinden hat; und es ist zudem klar, dass auf solche Weise der Aufgabe des Amtes, für ein „möglichst günstiges Ergebnis der Verwertung“ Sorge zu tragen (Art. 134 B. G.), nicht zu genügen wäre bei der Ungewissheit darüber, ob der erste Ersteigerer in seinem Eigentum richterlich geschützt wird oder nicht. Demgemäß wurde bisher auch in der Praxis, soviel uns bekannt, in diesen Fällen niemals der Prozessweg betreten, sondern haben die Betreibungsämter jeweils die Rückübertragung der Liegenschaft einseitig von sich aus angeordnet bzw. bei der zuständigen Behörde anbegehrt, wozu übrigens eine Reihe kantonaler Einführungsgesetze (s. Reichel, loc. cit. Note 3) sie ausdrücklich anweisen.

Einen solchen einseitigen, ohne, ja gegen den Willen des Eigentümers erfolgenden Eigentumsentzug vermag nun aber das Betreibungsamt sicherlich nicht kraft einer privatrechtlichen Willensmacht rechtsverbindlich zu bewirken, sondern nur kraft obrigkeitlicher Gewalt: es stellt in behördlicher Eigenschaft fest, dass die Zahlung nicht rechtzeitig erfolgt sei, und verfügt,<sup>27)</sup> gestützt auf diese Feststellung, die Rückgängigmachung der erfolgten Eigentumsübertragung. Sofern es dabei der Mitwirkung der kantonalen Grundbuch-, Fertigungsbehörden etc. bedarf, gelangt es an sie nicht wie ein Privater, der um eine Amtshandlung nachsucht, sondern als Behörde, die, nachdem sie innerhalb ihrer Kompetenzsphäre eine Verfügung getroffen, die in die Kompetenzsphäre einer andern Behörde fallende Durchführung dieser Verfügung verlangt.<sup>28)</sup>

---

<sup>27)</sup> Gegen die Verfügung besteht das ordentliche Beschwerderecht an die Aufsichtsbehörden. Die Ausübung desselben hindert nach Art. 36 B. G. die Rückübertragung des Eigentums und die Abhaltung der neuen Steigerung nicht, sofern nicht der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt wird.

<sup>28)</sup> Nach § 650 des Entwurfes für ein schweiz. Civilgesetzbuch erlangt bei der Zwangsvollstreckung der Erwerber schon vor der Eintragung im Grundbuch das Eigentum, kann aber über das Grundstück erst nach er-

Nur eine solche Auffassung des Art. 143 Abs. 1 ist ferner mit dem betreibungsrechtlichen Zwecke des Verwertungsverfahrens vereinbar. Dieser Zweck erheischt gebieterisch, dass der betreibende Gläubiger auf dem Wege der Veräusserung des ihm verhafteten Objektes ohne Schwierigkeiten dazu gelange, für seine durch rechtskräftigen Zahlungsbefehl liquid gestellte Forderung bezahlt zu werden. So mangelhaft hat nun der Gesetzgeber diese ihm obliegende Aufgabe einer richtigen Wahrung der betreibungsrechtlichen Interessen des Gläubigers gewiss nicht gelöst, dass er vorschreiben würde, die Eigentumsübertragung auf den Ersteigerer habe „sofort“ nach der Versteigerung zu geschehen (Art. 136), ohne gleichzeitig Willens zu sein, dass, wenn nachher die Zahlung nicht rechtzeitig erfolgt, das Betreibungsamt keine civilrechtliche Vindikationsklage anzustrengen brauche, sondern die Möglichkeit der Rückübertragung in seiner Hand behalte, und dass der Ersteigerer die dahingehende Erklärung des Amtes als behördliche Verfügung sich gefallen lassen müsse. Andernfalls würde auch das Mittel der Ersatzsteigerung versagen, welches das Gesetz ja gerade angewendet wissen will, um einer Verschleppung des Verfahrens als Folge der Säumigkeit des Ersteigerers vorzubeugen.

Mit dem Gesagten tritt aber unseres Erachtens die Unzulänglichkeit der Kaufvertragstheorie von einer neuen Seite zu Tage: Es ist wohl eine eigentümliche Art civilrechtlichen Vertrages, wenn der eine Kontrahent bzw. sein Stellvertreter, nachdem er erfüllt hat, das durch die Erfüllung auf den andern Kontrahenten übergegangene Recht diesem einseitig, in autoritativer Weise wieder entziehen kann, indem er seine Rolle wechselt, so dass der Angesprochene sich nunmehr einer öffentlichen Behörde, der er Gehorsam schuldet, gegenüber sieht. Dieser obrigkeitliche Anspruch gegen den Ersteigerer lässt sich vielmehr nur dadurch erklären, dass

---

folgter Eintragung grundbuchlich verfügen. Demgemäß wäre die Verfügung des Betreibungsamtes, welche den Zuschlag rückgängig macht, gleichzeitig der Akt, der den Verlust des Eigentums durch den säumigen Ersteigerer bzw. den Wiedererwerb desselben durch den betriebenen Schuldner bewirkt.

bereits durch den Zuschlag, bei Eingehung des „Kaufvertrages“, die erforderliche (betreibungs-, nicht civilrechtliche) Grundlage für seine Geltendmachung gelegt worden ist.

Aber nicht allein die Rückübertragung des Eigentums nach Art. 143, sondern überhaupt die Rückgängigmachung des Zuschlages (mag hiebei eine Rückübertragung des Eigentums in Frage kommen oder nicht), lässt sich unseres Erachtens nur als betreibungsrechtlicher Akt, nicht als privatrechtlicher Rücktritt von einem Kaufvertrage (so E. B. XXVIII<sup>II</sup> Nr. 38 Erwg. 5) auffassen. Sonst würde im Bestreitungsfall erst ein zu erwirkender richterlicher Entscheid darüber Gewissheit schaffen können, ob der Vertrag durch eine gültige, auf Grund aller erforderlichen Voraussetzungen abgegebene Rücktrittserklärung wirklich aufgelöst sei, oder ob nicht mangels dessen die vertragliche Gebundenheit des „Verkäufers“ noch fortdauere und also ein anderweitiger Verkauf des Objektes sich als Vertragsverletzung darstelle. Ein solcher Weiterverkauf, der ja nach dem Gesagten (und wie unseres Wissens übrigens unbestritten ist) sofort erfolgen muss, würde zwar wenigstens dann zu einem gültigen Rechtserwerb des neuen „Käufers“ führen, wenn der Eigentumsübergang auf den früheren „Käufer“ noch nicht stattgefunden hatte. Aber für diesen Fall scheint uns die Frage berechtigt: Wäre der Gesetzgeber, wenn er sich wirklich auf den privatrechtlichen Standpunkt eines Vertragsrücktrittes hätte stellen wollen, dazu gelangt, einen sofortigen Weiterverkauf zuzulassen, ja vorzuschreiben? In einem solchen läge dann eventuell (falls der spätere Richterspruch zu Gunsten des ersten Ersteigerers lautet) eine vertragswidrige Veräusserung einer schon verkauften Sache, und es würde sich der bereits säumige Verkäufer mit dem Vollzuge des zweiten Kaufes in die rechtliche Unmöglichkeit versetzen, die Sache dem ersten „Käufer“ zu übertragen, so dass diesem höchstens noch Ansprüche auf Ersatz des Schadens zustehen könnten, den ihm der (gesetzliche vorgeschriebene!) Weiterverkauf verursacht. Um eine solche Situation zu vermeiden, hätte der Gesetzgeber sicherlich die Verschiebung des Weiterverkaufes bis nach der gerichtlichen Erledigung

der Frage der Gültigkeit des Vertragsrücktrittes angeordnet, trotz des berechtigten Interesses des betreibenden Gläubigers an einer raschen Abwicklung des Verfahrens. All' diesen Schwierigkeiten geht man, wie später zu zeigen versucht wird, aus dem Wege, wenn man dem „Vertragsrücktritte“ den Charakter einer betreibungsrechtlichen Verfügung und nur einer solchen zuerkennt.

Eine derartige betreibungsrechtliche Macht dem Ersteigerer gegenüber ist nun aber dem Betreibungsamt aus ähnlichen Erwägungen noch bezüglich anderer die „Vertragserfüllung“ betreffender Ansprüche einzuräumen. Dahin gehört, wie Reichel (loc. cit.) ebenfalls schon hervorgehoben hat, der Anspruch des Ersteigerers auf Uebertragung des Steigerungsobjektes: Wenn das Amt die Uebertragung verweigert, etwa weil kein gültiger „Kaufvertrag“ oder weil ein gültiger „Rücktritt vom Vertrage“ vorliege etc., so ist diese Weigerung eine amtliche Verfügung, gegen die nur auf dem Beschwerdewege aufzukommen ist.<sup>29)</sup> Ein civilprozessualisches Verfahren zur Lösung der Streitfrage vertrüge sich auch hier mit Wesen und Zweck der Betreibung und speziell dem gesetzlichen Institute der Ersatzsteigerung nicht,

Ebenso wenn der vom Amt als Ersteigerer in Anspruch Genommene die Verbindlichkeit aus dem behaupteten Angebot bestreitet. Er kann nicht etwa ruhig abwarten, bis das Amt, wie ein sonstiger Privater es tun müsste, klagend gegen ihn auftritt, sondern muss sich selbst durch Beschwerde zur Wehr setzen,<sup>30)</sup> da eine sofortige Feststellung der Frage seiner Gebundenheit als Bieter für den weiteren Verlauf des Betreibungsverfahrens von Nöten ist.

**C.** Bisher wurde zu zeigen versucht, dass mit dem Zuschlag (bezw. Ausruf, s. Anm. 10) ein privatrechtlicher Vertragschluss nicht erfolge. Im Ferneren soll nun der Nachweis unternommen werden, dass die privatrechtlichen Beziehungen,

---

<sup>29)</sup> Anders die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts, Bd XXIV<sup>I</sup> Nr. 79. — Vergl. dagegen die Kritik dieses Entscheides durch Reichel, loc. cit.

<sup>30)</sup> Vergl. E. B. XXIII<sup>II</sup> Nr. 264, S. 1962 ff. und XXX<sup>II</sup> Nr. 17 Erw. 4.

soweit solche durch den Zuschlag begründet werden, jedenfalls kein eigentliches Kaufvertragsverhältnis darstellen, dass sich der Veräußerer nicht in der Stellung eines gewöhnlichen Verkäufers, der Ersteigerer nicht in der eines gewöhnlichen Käufers befindet. Wir wenden uns damit gegen den öfters (namentlich E. Bd XXVIII<sup>II</sup> Nr. 38 Erw. 5) ausgesprochenen, übrigens vom Bundesgericht neuestens (s. Revue der Gerichtspraxis XXII Nr. 79) als zu weit gehend erklärten Satz: es hätten, soweit nicht das Betreibungsgesetz modifizierend eingreife, auf das Steigerungsgeschäft materiellrechtlich ohne weiteres die einschlägigen Vorschriften des Kaufsrechtes Anwendung zu finden.

a. Dass dem nicht so sei, glauben wir vor allem bestreiten zu dürfen bezüglich der dem Kaufrechte eigentümlichen Haftung wegen rechtlicher oder sachlicher Mängel der Kaufsache, welche Haftung u. E. bei der Zwangsversteigerung nach deren Natur aus folgenden Gründen nicht Platz greifen kann:<sup>31)</sup> <sup>32)</sup>

<sup>31)</sup> Das zürcherische Recht (§ 1478 der alten bzw. 468 der neuen Fassung des privatrechtlichen Gesetzbuches) bestimmte, dass bei gerichtlicher Zwangsversteigerung, abgesehen von besondern Zusicherungen oder von unredlicher Täuschung der Bietenden, „keine Nachwährschaft“ geleistet werde, und schloss also damit eine kaufrechtliche Haftbarkeit sowohl bezüglich rechtlicher als bezüglich sachlicher Mängel aus. — Auf dem gleichen Standpunkt steht das deutsche Reichsrecht, nämlich bezüglich der Liegenschaften das Zwangsversteigerungsgesetz (§ 56 und §§ 90 und 91, vergl. Jäckel, Kommentar Note 5 zu § 56 und Note 1 zu § 90) und bezüglich des beweglichen Vermögens § 806 der Civilprozessordnung. — Art. 1649 des Code civil bestimmt, dass bei den ventes faites par autorité de justice (zu denen die Zwangsversteigerung, vente sur saisie, gehört) keine Haftung wegen Sachmängeln Platz greife. Die durch den Code nicht ausdrücklich geregelte Frage, ob auch für Entwehrung kaufsrechtlich gehaftet werde (une action en garantie nach Art. 1626 ff. bestehe), scheint Theorie und Praxis überwiegend im bejahenden Sinne zu beantworten, immerhin mit der Massgabe, dass der Schuldner sich einer Haftung dadurch entzonen kann, dass er vor der Entäußerung auf das entgegenstehende Drittrecht hinweist. (Vergl. Guillouard, Traité de la vente et de l'échange, Paris 1889, Tome I, No. 318; Baudry-Lacantinerie, Traité de Droit civil, Vente et échange No. 355; Fuzier-Hermann et Alcide Darras, Code civil annoté, art. 1626, notes 51 suiv.)

<sup>32)</sup> Vom Standpunkte der Kaufvertragstheorie aus würde sich in Betreff der Gewährspflicht im wesentlichen folgender Rechtszustand ergeben:

Beim Kaufe sucht jeder der Kontrahenten, den von der Vertragsfreiheit ihm eingeräumten Spielraum ausnützend, seinen persönlichen Vorteil und erreicht denselben in um so höherem Grade, als ihn der Gegenkontrahent in entsprechend geringerem Grade findet. Damit dieser Interessenkampf nicht ausarte, muss sich der Gesetzgeber ordnend und dem Egoismus Schranken ziehend ins Mittel legen, zur Verhinderung gegen das Rechtsgefühl verstossender Uebervorteilung und zur Wahrung der allgemeinen Interessen der Verkehrstreue und Verkehrssicherheit. Dies führt dazu, dem Verkäufer (dieser allein kommt für unsere Frage in Betracht) eine rechtliche Verantwortlichkeit aufzuerlegen, wonach er als Vertragspartei seinen Vorteil nicht in gewisser unlauterer Weise suchen darf (Art. 237 und 244 O. R.) und in bestimmtem Umfange dafür einzustehen hat, dass die rechtliche und physische Beschaffenheit der Kaufsache dem ausdrücklich erklärten oder stillschweigend vorausgesetzten Vertragsinhalt tatsächlich entspreche (Art. 235

---

#### I. Gewährleistung des veräusserten Rechts:

**1. Bei Beweglichkeiten:** Der „Verkäufer“, d. h. diejenige Partei, welche der betreffende Anhänger der Kaufvertragstheorie als solchen qualifiziert, ist im Sinne des Art. 235 ff. O. R. in nachstehender Weise gewährspflichtig:

Die Gewährspflicht besteht unbeschränkt, d. h. auch bezüglich der sonst unter die Art. 205 und 208 des Obligationenrechts fallenden Sachen und in vollem Umfange des Art. 241 O. R., wenn der Dritte nach dem Abschlusse des Zwangsverkaufs, aber vor der Uebergabe der Sache und dem dadurch erfolgenden Eigentumserwerb des Ersteigerers die Sache entwehrt (Art. 199 O. R., 107 Abs. 4 und 129 B. G.). Diese Konsequenz der Kaufvertragstheorie wird von Pedrazzini (Widerspruchsklage S. 39) folgerichtig gezogen.

Nach der Uebergabe cessiert die Gewährspflicht, wenn es sich um Zwangsversteigerung von anvertrauten Sachen gemäss Art. 205 O. R. oder von Banknoten, verfallenen Coupons und Inhaberpapieren gemäss Art. 208 O. R. handelt, da in diesen Fällen eine Entwehrung des Ersteigerers nicht möglich ist. Dagegen dauert die Gewährspflicht bei „gestohlenen und verlorenen Sachen“ (Art. 206 O. R.) in beschränktem Umfange fort: Da laut Art. 206 der Ersteigerer die Sache dem Vindikanten „gegen Vergütung des dafür bezahlten Preises“ herausgeben muss, so verbleibt ihm ein Garantieanspruch gegenüber dem „Verkäufer“ immer noch bezüglich der übrigen der in Art. 241 O. R. vorgesehenen Punkte, speziell bezüglich des den Steigerungspreis betreffenden Zinsausfalles, der durch die Entwehrung

und 243). Aus diesem Gedanken, dass in Hinsicht auf den persönlichen Vorteil, den der Verkäufer durch sein eigenes freies Handeln aus dem Geschäfte zieht, eine Verantwortlichkeit desselben sich rechtfertige, will auch der für das Kaufrecht charakteristische Satz begriffen sein, der den Verkäufer selbst dann haftbar erklärt, wenn er die Mängel, wofür gesetzlich Gewährleistungspflicht besteht, gar nicht gekannt hat.

Es fragt sich nun, wem als Verkäufer bei der Zwangsversteigerung eine derartige kaufmässige Haftung zugemutet werden dürfe :

Zum vornherein nicht dem Betreibungsbeamten oder dem Betriebungsamt (d. h. dem Staate). Ist einer von diesen Verkäufer, so verkauft er ohne irgend einen persönlichen Vorteil zu bezwecken, lediglich zur Durchführung des Betreibungsverfahrens: der Beamte erfüllt damit seine amtliche Pflicht und Schuldigkeit; und das Amt (der Staat) bietet sich, um die vom Gläubiger angehobene Betreibung ihrem Ziele

entstandenen Kosten und des sonstigen durch sie verursachten unmittelbaren Schadens. (Vergl. Hafner, Kommentar zum O. R., Art. 206 Note 11.)

Entsprechend der Entwehrung der ganzen Sache beurteilt sich die Entwehrung eines Teiles oder die Inanspruchnahme einer dinglichen Last an der Sache, wobei diesfalls für den Umfang des Regressanspruches Art. 242 O. R. anwendbar sein muss.

**2. Bei Forderungen** untersteht der Verkäufer bei der Zwangsversteigerung der vollen kaufmässigen Gewährspflicht der Art. 235 ff. O. R., wozu insbesondere die Haftung für den Bestand der versteigerten Forderung gehört (Art. 192 Abs. 1 O. R.; vergl. Jäger Art. 125 Note 2 S. 224).

**3. Bei Vermögensbestandteilen anderer Art** (Art. 132 B. G.), wie einem Niessbrauch, einem Erbschafts- oder Gesellschaftsanteil, Immaterialrechten etc. hängt die Gewährspflicht des „Verkäufers“ nach Existenz und Umfang davon ab, ob und inwiefern das betreffende Recht nach Massgabe der einschlägigen eidgenössischen oder kantonalen Vorschriften durch einen gewöhnlichen Kauf zu Gunsten des Drittberechtigten in seiner Wirksamkeit unbeeinträchtigt bliebe, d. h. die Möglichkeit einer Entwehrung gegeben wäre, was hier im Einzelnen nicht zu untersuchen sein kann.

**4. Bei den Liegenschaften** schreibt das Gesetz ein besonderes Lastenbereinigungsverfahren vor, auf Grundlage dessen die vom Ersteigerer zu übernehmenden (bezw. abzulösenden) Lasten der Liegenschaft in den Steigerungsbestimmungen angegeben werden. Ob und inwiefern der Ersteigerer einer Entwehrung ausgesetzt ist und infolge dessen ein Anspruch auf Gewähr-

(der Barzahlung des Gläubigers) entgegenführen zu können, als privatrechtliche Mittelperson zwischen Gläubiger und Ersteigerer dar. Wir verweisen im übrigen auf das oben sub Zif. 1 und 2 Angebrachte.

Vom betreibenden Gläubiger ist zu sagen: er bezweckt zwar als Verkäufer einen persönlichen Vorteil, aber nicht in dem Umfange und mit der Intensität, wie der gewöhnliche privatrechtliche Verkäufer; es genügt ihm, wenn seine Forderung durch den Erlös gedeckt ist; ob dabei der Ersteigerer die Sache zu einem Spottpreise erstehe, bleibt ihm gleichgültig. Und soweit der Gläubiger einen Vorteil bezweckt, unterscheidet ihn vom gewöhnlichen Verkäufer wiederum das Besondere, dass er nur durch das Organ des Amtes diesen Vorteil verfolgen kann, für das Amt aber, wie oben (sub A in fine) schon erörtert wurde, nicht allein das gläubigerische Interesse wegleitend ist. Namentlich aber widerspricht es offenbar dem Zwecke des Vollstreckungsverfahrens, dass der betreibende

---

leistung zu seinen Gunsten gegen den „Verkäufer“ entstehen kann, hängt in erster Linie von der rechtlichen Bedeutung ab, welche den Angaben bezüglich des Grundstückes und der Lasten in den Steigerungsbedingungen beizulegen ist. Stellt man sich mit Reichel, (Komm. Art. 140 Note 4 und Art. 141 Note 3) auf den Standpunkt, dass der Bundesgesetzgeber bei Regelung des Zwangsvollstreckungsverfahrens kompetent und Willens gewesen sei, eine volle Liquidstellung des Eigentumsrechts und der dinglichen Rechte an der zu verwertenden Liegenschaft eintreten zu lassen und damit den Ersteigerer gegen alle Ansprüche bisheriger Drittberechtigter zu sichern, so kann eine Gewährleistungspflicht des „Verkäufers“ wegen Rechtsmängeln nicht bestehen. Verwirft man diesen Standpunkt grundsätzlich (vergl. Weber, Brüstlein, Rambert Art. 135 Note 3 und Art. 141 Note 2) oder doch teilweise, (Jäger, einerseits Art. 136 Note 5, anderseits Art. 135 Note 3 in fine), speziell was die Frage des Ueberganges der Servituten anbetrifft (s. Art. 138 in fine; E. B. XXIV<sup>n</sup> Nr. 61 Erw. 5), so hängt soweit die Möglichkeit einer Gewährleistungspflicht des „Verkäufers“ vom kantonalen Rechte ab. Enthält dasselbe keine speziellen Vorschriften über die Gewährleistung wegen Rechtsmängeln bei der Zwangsversteigerung oder eventuell beim Verkauf von Liegenschaften, so kommen die Art. 235 ff. des schweiz. Obligationenrechts als kantonales Recht zur Anwendung und zwar nicht nur in den Kantonen, welche (wie Bern, Neuenburg, Solothurn und Tessin) dem O. R. ausdrücklich subsidiäre Geltung für

Gläubiger, um seine liquide Forderung eintreiben zu können, genötigt sein müsste, solche civilrechtliche Gewährleistungspflichten auf sich zu nehmen, die mit seiner Forderung gar nichts zu tun haben. Um einer Haftbarkeit möglichst auszuweichen, müsste er über die rechtliche und physische Beschaffenheit der zu versteigernden, ihm in der Regel ganz unbekannten Sache (welche sich vielfach weit ausserhalb seines Bereiches befindet) diejenige Kenntnis zu erlangen suchen, welche man von einem gewöhnlichen Verkäufer verlangen darf, und könnte trotz all' dem nachträglich doch mit Haftansprüchen behelligt werden. Unter solchen lästigen Umständen will ihm gewiss unser Gesetz nicht zu seinem Gelde verhelfen. Besonders von diesem betreibungsrechtlichen Gesichtspunkte aus scheint uns die Anwendung der kaufmässigen Gewährspflicht auf den betreibenden Gläubiger unstatthaft.

Es verbleibt noch der betriebene Schuldner bzw. Dritteigentümer. Auch er befindet sich u. E. nicht in der

---

das Gebiet ihres Immobiliarsachenrechts beigelegt haben (vergl. Huber, Schweiz. Privatrecht III S. 695).

## II. Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache:

**1. Bei beweglichen Sachen** muss nach der Kaufvertragstheorie die ordentliche kaufmässige Gewährspflicht der Art. 243 ff. O. R. bestehen.

**2. Bei Forderungen** könnte eine Haftung für Sachmängel kaum in Betracht kommen. Soweit als eine solche sich die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Drittschuldners darstellt (Hafner, Kommentar Art. 243 Note 4 a. E.), wird es regelmässig an der gesetzlich (Art. 192 Abs. 2 O. R.) erforderlichen ausdrücklichen Uebernahme der Gewährspflicht durch den Verkäufer mangeln.

**3. Bei Vermögensbestandteilen anderer Art** (Art. 132 B. G.) ist die fragliche Haftung in dem Sinne möglich, dass das Objekt, auf welches sich das vom Ersteigerer erworbene Recht bezieht (z. B. die Sache, an welcher der versteigerte Niessbrauch besteht), gewährspflichtige Mängel aufweist.

**4. Bei Liegenschaften** ist nach der Kaufvertragstheorie hier ausschliesslich das kantonale Recht anwendbar und zwar dessen Vorschriften über den Liegenschaftskauf, welche auch dahin lauten können, dass sie eine Gewährspflicht für Sachmängel zwar im allgemeinen aufstellen, diese aber gerade für den Verkauf im Zwangsvollstreckungsverfahren ausschliessen (z. B. Code civil Art. 1649, Zürich § 1478). Dabei können auch hier die Bestimmungen der Art. 243 ff. des O. R. über die Gewährspflicht als kantonales Recht Platz greifen.

Stellung eines gewöhnlichen Verkäufers, aus der heraus sich die kaufmässige Gewährspflicht ergibt. Wir erinnern an schon Gesagtes: Der Schuldner will nicht verkaufen, sondern muss sich den vom Gläubiger gewollten Verkauf gefallen lassen.<sup>33)</sup> Und dieser Verkauf als solcher findet zum Vorteil des Gläubigers statt: Der Verkauf muss, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, erfolgen, auch wenn die Chancen für den Schuldner die denkbar ungünstigsten sind, auch wenn bestimmt voraussehbar ist, dass bei längerem Zuwarten das Steigerungsobjekt wegen Mehrwertes etc. bedeutend günstiger veräussert werden könnte. Nur in akcessorischer Weise vermag der Schuldner seine Interessen zur Geltung zu bringen; insoweit nämlich, als bei Abhaltung der Steigerung nicht nur auf Deckung des Gläubigers Bedacht genommen werden soll, sondern darüber hinaus, auf Erzielung eines möglichst günstigen Ergebnisses (vergl. Art. 125 Abs. 2 und 134 Abs. 1 B. G.). Der Schuldner vermag aber diese Interessen nicht unmittelbar durch eigenes Handeln zu wahren, sondern bloss durch Einwirken auf die Entschliessungen des Amtes, für welche Entschliessungen die schuldnerischen Interessen ebenfalls nur zum Teil, und zwar in einer im Vergleich zu andern Beteiligten untergeordneten Weise, massgebend sind.

Bei dieser Sachlage den Schuldner bezw. Dritteigentümer schlechthin der kaufmässigen Gewährhaftung zu unterstellen,

---

<sup>33)</sup> Entsprechend Bluntschli und Schneider zu dem in Anm. 31 citierten § 468 (1478) des zürcherischen Privatgesetzbuches: „Die Ausschliessung der Währschaft ist teils im Interesse der Execution . . . teils in der Rücksicht begründet, dass die Gant gegen den Willen des Schuldners durchgeführt wird.“ — Wenn Art. 124 B. G. dem Schuldner das Recht gibt, den Verkauf des Pfändungsobjekts zu begehren, bevor der Gläubiger berechtigt ist, ihn zu verlangen, so wird damit dem Schuldner ein Einfluss lediglich auf die Bestimmung des Zeitpunktes der Veräußerung eingeräumt, nicht aber die Vornahme der letztern von seinem Willen abhängig gemacht. Ein Veräußerungsbegehren des Schuldners wird hinfällig, sobald die Betreibung aus irgend einem Grunde erlischt. Möglicherweise hat zwar das Amt auch jetzt noch, von sich aus oder auf Antrag des Schuldners, zur Veräußerung zu schreiten, wegen drohender Wertverminderung des Objekts etc. Eine zwangswise Verwertung im Rechtssinne ist aber diese allein im schuldnerischen Interesse vorgenommene Veräußerung nicht mehr.

geht nicht an. Namentlich scheint uns in Rücksicht auf den Charakter einer Zwangsmassnahme, den die Versteigerung für ihn hat, ein Einstehen ausgeschlossen für Mängel, die er gar nicht kannte.

Hinzuweisen ist endlich auch darauf, dass besonders die nachträgliche Rückgängigmachung des Steigerungskaufs infolge Geltendmachung von der Gewährspflicht unterstehenden Mängeln den „Verkäufer“ (welche der genannten Parteien es sein möge), unbilligerweise schädigen würde und dass sie bei Liegenschaftssteigerungen zu Komplikationen Anlass geben müsste.

Mit dem Gesagten stellen wir uns nicht etwa auf den Standpunkt, dass für die erwähnten beim Steigerungsverfahren beteiligten Personen dem Ersteigerer gegenüber eine Haftung wegen Rechts- oder Sachmängelu überhaupt nicht bestehen könne. Dagegen hat u. E. eine allfällige Haftung einen von der kaufmässigen Haftung ganz verschiedenen Charakter, wie später auszuführen sein wird.<sup>34)</sup>

Ohne rechtliche Bedeutung für die vorliegende Frage wäre der Hinweis darauf, dass das Betreibungsamt in den Steigerungsbedingungen die kaufmässige Haftung jeweils wegbedingen könne. Damit wird nur dargetan, wie sehr diese Haftung gegen die rechtliche Natur und den Zweck des Steigerungsgeschäftes verstösst, nicht aber, dass sie sich aus dem Bundesgesetze rechtfertigen lasse.

b. Auch abgesehen von den Bestimmungen über die Gewährspflicht lassen sich u. E. nicht alle für das Kaufvertragsverhältnis geltenden Sätze auf die Zwangsversteigerung anwenden. Wenn z. B. das Amt ungesetzlicher Weise den Zuschlag widerruft, privatrechtlich gesprochen: ungerecht-

---

<sup>34)</sup> Dass bei der Zwangsversteigerung für Mängel nicht aus Vertrag gehaftet werde, hat für das zürcherische Recht bereits Bluntschli angenommen, indem er zu dem mehrgenannten § 1478 des Privatrechts, der eine Nachwährschaft für den Fall unredlicher Täuschung der Bietenden vorsieht, bemerkt: „Wer die Täuschung verursacht oder dazu verhilft, haftet um des Dolus willen (§ 1832).“ § 1832 leg. cit. betrifft die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung.

fertigter Weise vom Vertrage zurücktritt, so müssten daraus dem Ersteigerer Schadensersatzansprüche gegen den „Verkäufer“ erwachsen, wobei sich, ähnlich wie oben, fragen liesse, ob füglich Jemanden eine derartige Haftbarkeit als Verkäufer zugedacht werden könne. Wenn ferner mehrere kantonale Gesetzgebungen dem Liegenschaftskäufer ein Recht zur Vertragsauflösung wegen laesio enormis einräumen (vergl. Huber, Schweiz. Privatrecht III § 101 S. 708 ff. 714), so ist ein solches dem Wesen des Kaufvertrages entsprechendes Recht dem Wesen der Zwangsversteigerung zweifellos zuwider, wie es denn auch für diese von den genannten Gesetzgebungen meistens ausgeschlossen wird. Ferner hat, wie wir mit Jäger (Art. 107 Note 17) und Reichel (Art. 107 Note 8, b und Art. 141 Note 3) annehmen, der Zuschlag, d. h. nach der Kaufvertragstheorie die vertragliche Willenserklärung des Verkäufers, nicht bloss obligatorische, sondern dingliche Wirkung in dem Sinne, dass von da an, also schon vor der Uebergabe ein Drittanspruch auf die Sache ausgeschlossen ist (Art 107 Abs. 4). Auch hierin tritt eine vom Kaufrecht abweichende Anomalie zu Tage, die sich überhaupt mit dem allgemeinen den vertraglichen Eigentumserwerb an Mobilien regelnden Grundsätzen des Art. 199 O. R. nicht vereinbaren lässt (vergl. anderseits die oben Note 32, I, 1 erwähnte Auffassung Pedrazzinis). Endlich ist darauf hinzuweisen, dass der „Verkäufer“ einen Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises (regelmässig) gar nicht rechtlich geltend machen kann, sondern sich von Gesetzeswegen mit der „Vertragsauflösung“ und den damit verbundenen Befugnissen begnügen muss.

Das Gesagte berechtigt u. E. zu der Annahme, dass das durch den Steigerungsakt geschaffene Rechtsverhältnis, soweit es dem Privatrecht angehört, nicht kurzweg als Kaufvertragsverhältnis charakterisiert werden darf, indem es in zu grossem Umfange und in zu wichtigen Punkten nicht von kaufs- sondern von betreibungsrechtlichen Erwägungen aus seine Gestaltung erhält. Es ist vielmehr ein Privatrechtsverhältnis sui generis, was nicht ausschliesst, dass es mit dem durch den Kaufvertrag geschaffenen vielfache Analogien aufweisen und

seine Feststellung vielfach aus dem Kaufsrecht erfahren kann. Dieser besondere Charakter darf ihm u. E. um so weniger aberkannt werden, als es, wie schon angedeutet, mit öffentlich-rechtlichen (betreibungsprozessualen) Beziehungen, welche der Steigerungsakt mit ihm zur Entstehung bringt, in engem Zusammenhange steht.

Seine Natur im einzelnen klar zu legen, soll nunmehr versucht werden.

(Schluss folgt.)

