

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 24 (1905)

**Artikel:** Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach schweizerischem Betreibungsrechte [Schluss]

**Autor:** Huber, Emil

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896541>

### **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:** 28.04.2026

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

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

Von Bundesgerichtssekretär Dr. EMIL HÜBER in Lausanne.

(Schluss.)

---

## II. Abschnitt.

### **Die Zwangsversteigerung als öffentlich-rechtlicher Akt.**

#### Allgemeiner Teil.

##### I. Der Zuschlag als betreibungsrechtliche Verfügung.

Mit der gültigen Pfändung einer Sache resp. mit der vom Eigentümer anzuerkennenden Einbeziehung eines Pfandes in die Betreibung ist das betreffende Objekt zum Exekutionsobjekte geworden. Es gilt nun, dasselbe in Geld umzusetzen. Da der Staat letzteres nicht selbst liefert, sondern vermögensrechtlich dem Verfahren fern steht (s. oben S. 91 Ziff. 2) und seine Mithilfe auf seine Tätigkeit als Inhaber der Zwangsvollstreckungsgewalt beschränkt, so muss es aus dem Vermögen eines Privaten, des Ersteigerers, beschafft werden. Und zwar geschieht dies in der Weise, dass der Ersteigerer gegen Ueberlassung des Exekutionsobjektes sich freiwillig zur Zahlung der (ganzen oder doch eines Teiles der) Summe herbeilässt, die zur (vollen oder doch teilweisen) Erreichung des Betreibungszweckes (Tilgung der betriebenen Forderung) zu dienen vermag. Die Rechtsbeziehungen nun, welche diese Entäusserung des Exekutionsobjektes zur Beschaffung von Geld regeln, werden begründet durch den betreibungsrechtlichen Akt des Zuschlages.

Der Zuschlag ist eine Verfügung im Sinne des Art. 17 B. G., durch die das Betreibungsamt<sup>35)</sup> nach Massgabe der Steigerungsbedingungen und gestützt auf das an es als Vollstreckungsorgan gerichtete Meistgebot gegenüber den beteiligten Parteien die sowohl civil- als betriebsrechtlichen Rechtsbeziehungen begründet und feststellt, denen entsprechend die Umsetzung des Exekutionsobjektes in Geld zu erfolgen hat.

Diese Definition ist nach ihren einzelnen Momenten zu erläutern.

1. Der Zuschlag ist eine Verfügung im Sinne des Art. 17 B. G. Er enthält also als betriebsprozessualische Amtshandlung, keine privatrechtliche, sondern eine obrigkeitliche Willenserklärung.

2. Diese Willenserklärung erfolgt nach Massgabe der Steigerungsbedingungen und gestützt auf das Meistgebot: Hiernach bestimmt sich ihr Inhalt (bezüglich Individualität, rechtlicher und tatsächlicher Beschaffenheit des Steigerungsobjektes, Art und Höhe des Erlöses etc.)

3. Sie erfolgt gegenüber den beteiligten Parteien: einer Mehrheit von Personen, welche durch sie in ihrer Rechtsstellung berührt werden<sup>36)</sup> und welche, insofern sie es werden, zur Wahrung ihrer Interessen in Betreff der Zuschlagsverfügung<sup>37)</sup>, das Recht zur Mitwirkung im Verfahren und das

---

<sup>35)</sup> Bezw. eine andere Steigerungsbehörde; s. oben Note 14, p. 90.

<sup>36)</sup> Die Beteiligten werden durch die Zuschlagsverfügung auf verschiedene Weise in ihrer Rechtsstellung berührt und es sind deshalb die Beschwerdegründe, auf die sie sich stützen können, meistens für die Einzelnen verschiedene. So kann der Ersteigerer die Zuschlagsverfügung nicht wegen Mangelhaftigkeit der Steigerungsbekanntmachung angreifen, wohl aber der Gläubiger oder der Schuldner; der Gläubiger kann sie nicht deshalb angreifen, weil sie in den Betriebsferien erfolgt ist, wohl aber der Schuldner; der Schuldner oder Gläubiger nicht deshalb, weil sich der Ersteigerer in einem Irrtum befunden hat, wohl aber der Ersteigerer, etc.

<sup>37)</sup> In Betreff der Zuschlagsverfügung: d. h. in Betreff der Ansprüche Beteiligter auf Erlass dieser Verfügung (auf Erteilung des Zuschlages), auf Vollziehung derselben, auf Aufhebung derselben wegen Gesetzwidrigkeit oder

Beschwerderecht besitzen<sup>38)</sup>. Wer und inwiefern jemand beim Zuschlag beteiligte Partei<sup>39)</sup> sei, bestimmt das Gesetz nicht ausdrücklich<sup>40)</sup>, sondern ist durch Auslegung desselben festzustellen. Wir rechnen dazu<sup>41)</sup>: den Schuldner, den be-

---

Unangemessenheit und auf Rückgängigmachung derselben wegen Verzuges des Ersteigerers.

<sup>38)</sup> Es kann Jemand durch die Zuschlagsverfügung in seiner Rechtsstellung berührt werden, ohne die Möglichkeit zu haben, beim Zustandekommen und der Vollziehung e. c. t. dieser Verfügung parteimässig mitzuwirken und sich durch Beschwerde zur Wehre zu setzen, ohne also Beteiligter zu sein: so namentlich der Dritteigentümer des zur Versteigerung gelangenden Pfandes (unter Note 41, sub b) und der nicht in den Steigerungsbedingungen figurierende Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts am Steigerungsobjekte (unten Note 42 und p. 328).

<sup>39)</sup> Die nämliche Person kann in mehrfacher Stellung im Verfahren beteiligt sein, namentlich gleichzeitig Ersteigerer einerseits und betreibender Gläubiger oder betriebener Schuldner andererseits. — In den letztern Fällen besteht für unsere Auffassung die Schwierigkeit nicht, welche der Kaufvertragstheorie der Kaufabschluss des Ersteigerers mit sich selbst bietet (oben Note 23). Der eine Beteiligte in einem betriebsprozessualischen Verfahren kann sehr wohl im Verhältnis zu den oder dem (stets noch verbleibenden) andern gleichzeitig die Rechte nebst den entsprechenden Pflichten, die gewöhnlich auf zwei verschiedene Personen sich verteilen, durch den Zuschlagsakt zusammen auferlegt erhalten.

<sup>40)</sup> Anders, was die Anfechtung des Zuschlags betrifft, das deutsche Zwangsversteigerungsgesetz (§ 97 rückweisend auf § 9). — Unser Gesetz spricht bei der Regelung des Verwertungsverfahrens mehrfach von den „Beteiligten“, so in Art. 125, 130, Ziff. 1 und 138, Ziff. 3.

<sup>41)</sup> Nicht Beteiligte sind u. E.:

a) Der Eigentümer des Steigerungsobjektes, das unrichtigerweise zugeschlagen wird, sei es als angebliches Eigentum des betriebenen Schuldners, sei es zur Realisierung eines angeblichen das Objekt beschwerenden Pfandrechtes des betreibenden Gläubigers. Dem Eigentümer steht nur das Mittel zu, im Widerspruchsverfahren auf Hemmung der Betreibung zu dringen mit der Behauptung, dass er Eigentümer sei bzw. (wenn er gegen eine Pfandverwertungsbetreibung aufzutreten hat) dass er Eigentümer sei und dass das in Anspruch genommene Pfandrecht nicht oder nicht mehr existiere. (Art. 106/9 und 155 B. G.). Erlässt das Amt trotzdem die Zuschlagsverfügung, so ist dieselbe für den Eigentümer als solche unanfechtbar (— was die Möglichkeit eines Vindikationsanspruchs gegenüber dem bösgläubigen Ersteigerer freilich nicht ausschliesst, unten p. 326/27).

treibenden (Pfändungs- oder Pfand-)Gläubiger, den nicht betreibenden Pfandgläubiger oder den sonstwie am Exekutionsobjekte dinglich Berechtigten<sup>42)</sup>, den Ersteigerer und denjenigen,

b) Der Dritteigentümer des Pfandes, wenn der betreibende Pfandgläubiger das (von jenem als bestehend anerkannte) Pfandrecht durch Verwertung realisieren lässt. Der Dritteigentümer gilt laut Gesetz und Praxis (E. B. XXIII<sup>II</sup> p. 1273 unten und p. 1899 f., XXIV<sup>I</sup> p. 157 ff., XXV<sup>I</sup> p. 575/76, XXVI<sup>I</sup> p. 161 ff.; Jäger, Art. 153, Note 2, Reichel, art. 153, Note 1) nicht als Betriebener und steht überhaupt ausserhalb des Betreibungsverfahrens, weshalb ihm keine Betreibungsurkunden zugestellt werden, sondern er nur von einzelnen Betreibungsakten und sonstigen amtlichen Massnahmen benachrichtigt wird (Art. 153, Abs. 2, Art. 156 rückweisend auf 139). (Immerhin soll er nach der Praxis, E. B. XXIV<sup>I</sup> p. 161, das „Recht zur zwangsweisen Liquidation“ des Pfandes bestreiten können.) — U. E. ist das eine durchaus unzweckmässige Regelung, da ja die Betreibung gegen seine, des Pfandeigentümers Sache als Exekutionsobjekt sich richtet und also gerade seine Vermögensinteressen im Verfahren in erster Linie in Frage stehen und durch Gesetzwidrigkeiten des Verfahrens geschädigt werden können, während er sie nicht persönlich, sondern nur durch den Schuldner, der einzig als Betriebener gilt, zu wahren vermag, vgl. unten p. 356. Nach Obigem lässt sich der Pfandeigentümer speziell auch nicht als bei der Zuschlagsverfügung Beteiligter ansehen, trotzdem dieser Akt der Entäusserung seines Eigentums tief in seine Rechtsstellung eingreift.

c) Der Inhaber eines auf das Exekutionsobjekt bezüglichen Miet- oder Pachtrechtes. Er wird durch die Zuschlagsverfügung faktisch in seinen Interessen betroffen, da und soweit sie ihm die Möglichkeit des Gebrauchs der Miet- oder Pachtsache vorzeitig entzieht (Art. 281 und 314 O. R.). Nicht aber wird er in seiner Rechtsstellung berührt, insofern sein Recht ein bloss obligatorisches (gegenüber dem bisherigen Eigentümer) ist. Anders, wenn es im Sinne von Art. 281, Abs. 3 bzw. 314, Abs. 3 O. R. dingliche Wirkung erlangt hat.

d) Der Bürge des betriebenen Schuldners. Sein Interesse an der Gesetzmässigkeit des Betreibungsverfahrens und speziell der Zuschlagsverfügung ist, soweit vorhanden, stets ein faktisches, kein rechtlich geschütztes (vgl. E. B. XXIX<sup>I</sup> Nr. 109).

e) Der Kaufliebhaber, soweit er nicht zum Ersteigerer oder doch zum Mietbieter im unten p. 297, sub a erörterten Sinne wird (s. auch Note 65).

<sup>42)</sup> Als Inhaber einer Dienstbarkeit, eines Wohnrechts, einer Grundlast etc. (— nicht als Eigentümer, oben Note 41 a—). Vorausgesetzt wird dabei, dass die Befugnis zur Geltendmachung des Rechtes im Betreibungsverfahren nicht vor der Zuschlagsverfügung verwirkt ist (Art. 138, Ziff. 3, unten p. 328).

der für ihn sich verbürgt<sup>43)</sup> oder Realkaution leistet<sup>43)</sup>, oder in dessen Stellung eintritt<sup>43)</sup>, endlich u. M. den Mitbieter<sup>43)</sup>.

Der Schuldner insbesondere ist bei der Zuschlagsverfügung Beteiligter, indem sie einen neuen Akt des gegen ihn fortschreitenden Betreibungsverfahrens darstellt, welcher auf die Enteignung des bisher noch ihm gehörenden Exekutionsobjektes abzielt. Für den betreibenden Gläubiger bildet sie eine Exekutionshandlung, auf deren Vornahme er (wie etwa auf die Vornahme der Pfändung) einen betreibungsprozessualischen Anspruch hat, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen (richtiges Verwertungsbegehren, richtige Anordnung der Steigerung etc.) gegeben sind. Der am Exekutionsobjekt dinglich Berechtigte wird durch die Zuschlagsverfügung in seiner Rechtsstellung berührt, weil sein Recht durch diese Verfügung und die darauf sich stützende Eigentumsübertragung Veränderungen erfahren kann (z. B. Ueberbund von Pfandforderungen, Untergang nachgehender Pfandrechte).

Namentlich aber ist der Ersteigerer ein bei der Zuschlagsverfügung Beteiligter und nur ein solcher (nicht etwa daneben noch Vertragskontrahent). Das Betreibungsamt erklärt ihm gegenüber nicht, wie die eine privatrechtliche Vertragspartei der andern: es verspreche (für sich oder einen Vertretenen) das Steigerungsobjekt dem Ersteigerer zu übertragen gegen das Versprechen des letztern zur Bezahlung des Erlöses. Seine Zuschlagserklärung hat vielmehr dem Ersteigerer gegenüber die Bedeutung: es begründe hiemit kraft seiner amtlichen Gewalt den Anspruch des Ersteigerers auf Uebertragung des Exekutionsobjektes und andererseits die Verpflichtung des Ersteigerers, den angebotenen Erlös als Gegenleistung zu bezahlen.

4. Allerdings geht dem Erlass dieser Verfügung in Form des Meistgebotes eine entsprechende Erklärung des Ersteigerers voraus, aus der sich sein Wille ergibt, das Steigerungsobjekt zu erwerben, und namentlich, zur Uebernahme der aufzu-

---

<sup>43)</sup> Bürge, Kautionssteller und Successor des Ersteigerers: s. unten p. 322 ff., B und C. Mietbieter: das nähere unten p. 297/98 und Note 65.

erlegenden Verpflichtung bereit zu sein. Diese Erklärung ist aber keine privatrechtliche Vertragsofferte, sondern hat gleichfalls betreibungsrechtlichen Charakter: Sie richtet sich an das Amt nicht als dem Erklärenden gleichstehende Vertragspartei, sondern als über ihm stehende staatliche Behörde, und geht dahin, dass der Erklärende bereit sei, der ihm aufzuerlegenden Verpflichtung (zur Zahlung des Erlöses in der angebotenen Höhe) sich zu unterwerfen, in der Meinung, dass das Amt andererseits durch die Zuschlagserklärung den Anspruch auf Uebertragung des Steigerungsobjektes nach Massgabe der Steigerungsbedingungen zu seinen Gunsten begründe. Hienach ist das Meistgebot eine betreibungsprozessualische Partei-handlung eines im Verfahren — soweit dasselbe die Versilberung des Exekutionsobjektes betrifft — Beteiligten, und zwar bildet diese Partei-handlung betreibungsrechtlich eine der Voraussetzungen für die gesetzliche Zulässigkeit der Zuschlagsverfügung: Der Zuschlag erfordert ein vorheriges Meistgebot, wie er ein vorangehendes Verwertungsbegehren, eine vorangehende Feststellung der auf dem Exekutionsobjekt haftenden Lasten, zum Zwecke ihrer Berücksichtigung bei der Entäusserung, erfordert. Das Amt soll ihn nicht ohne gültiges Meistgebot abgeben und speziell nicht, ohne dass überhaupt ein Angebot dessen, an den er erfolgt, vorläge. Spricht es ihn dennoch aus, so trifft es eine gesetzwidrige Verfügung, gegen die sich der Betroffene auf dem Beschwerdewege zur Wehre setzen kann (siehe im übrigen unten p. 284 ff.).

5. Den ökonomischen Zweck der Zuschlagsverfügung bildet die Umsetzung des Exekutionsobjektes in Geld zur Ermöglichung der Bezahlung der betriebenen Forderung. Das rechtliche Mittel zur Erreichung dieses Zwecks besteht darin, dass durch die Zuschlagsverfügung zwischen den Beteiligten<sup>44)</sup> nach Massgabe der Steigerungsbedingungen und des Meistgebotes bestimmte Rechtsbeziehungen begründet werden, kraft welcher sich jene Umsetzung zu vollziehen hat, das

---

<sup>44)</sup> Und bei der Pfandverwertungs-betreibung auch dem — nicht Beteiligten (oben Note 41 b) — Pfandeigentümer.

Exekutionsobjekt in das Vermögen des Ersteigerers und der Erlös in dasjenige des Schuldners (bezw. bisherigen Dritteigentümers) an Stelle des Objektes überzuführen ist. Diese Rechtsbeziehungen sind in erster Linie privatrechtliche: Der Zuschlag begründet ein Forderungsrecht des Schuldners (Dritteigentümers) auf Bezahlung des Erlöses gegen den Ersteigerer und einen obligatorischen Anspruch des letztern gegen den erstern auf Vollziehung des Eigentumsübertrages. Er kann ferner direkt oder indirekt eine Modifikation von Privatrechten anderer Beteiligter, namentlich der Pfandgläubiger, zur Folge haben. Die Begründung dieser Privatrechtsverhältnisse erfolgt nun aber nicht durch blosses Privatrechtsgeschäft zwischen den Beteiligten, sondern durch die amtliche Zuschlagsverfügung, im Betreibungsverfahren und zur Durchführung desselben. Weil es ein amtlicher Akt ist, der sie zur Entstehung bringt, enthält ihre Begründung gleichzeitig ihre behördliche Feststellung (unten p. 288 Zif. 2). Weil sie im Betreibungsverfahren entstehen, sind mit ihnen, soweit es der Zweck dieses Verfahrens erfordert, betreibungsrechtliche Rechtsbeziehungen in engerem oder loserem Zusammenhange verbunden. So wird z. B. die Forderung des Schuldners auf den Erlös gleichzeitig dem Pfändungsbeschlage der Gläubiger unterstellt.

Im Laufe des Vollzuges der Zuschlagsverfügung erfahren die begründeten Rechtsbeziehungen, auch die privatrechtlichen, Veränderungen oder gehen sie unter und gelangen neue zur Entstehung.

Das bisher Gesagte soll nunmehr in einzelnen wichtigen Punkten noch des nähern zu begründen versucht werden.

## **II. Die Zuschlagsverfügung als Rechtsgrund privatrechtlicher Verhältnisse, namentlich privatrechtlicher Gebundenheit des Ersteigerers.**

1. Die Wirkung, Privatrechte zur Entstehung zu bringen oder bestehende zu modifizieren, kommt amtlichen Akten vielfach zu: so Verwaltungsakten<sup>45)</sup>, Akten der freiwilligen Ge-

---

<sup>45)</sup> Z. B.: Ansprüche auf Begründung oder Uebertragung von Pfand- bzw. Eigentumsrechten aus einem eine Güterzusammenlegung anordnenden Akte der zuständigen Verwaltungsbehörde (vgl. Art. 792 des Civilgesetz-

richtsbarkeit<sup>46)</sup> und besonders auch Urteilen des Civilrichters (konstitutives Urteil)<sup>47)</sup>. Danach ist es nichts vereinzelt, wenn auch die Tätigkeit des Betreibungsbeamten als Vollstreckungsbehörde häufig privatrechtliche Wirkungen entfaltet. Man würde unsers Erachtens fehl gehen, wollte man in der Vollstreckung einer Forderung lediglich ein faktisches Handeln<sup>48)</sup>, tatsächliche Zwangsausübung erblicken. In Bezug auf die einzutreibende Forderung hat allerdings eine rechtsbegründende und -festsetzende Tätigkeit der Vollstreckungsbehörde nicht bzw. (wenn der Betreibung ein Gerichtsurteil vorangegangen ist) nicht mehr stattzufinden. Aber sofern es sich darum handelt, wie die Forderung zur Befriedigung gelangen soll, insofern nunmehr Vermögen des Schuldners in Anspruch genommen, in Geld umgesetzt und dieses zur Forderungstilgung verwendet werden muss, hat man es mit einem rechtlichen Handeln des Betreibungsbeamten, mit Gestaltung und Umgestaltung von Rechten zu tun und speziell von Privatrechten an dem als Exekutionsobjekte dienenden Vermögensstücke und dem gegen dasselbe ausgetauschten Gelde. So überträgt der Betreibungsbeamte durch eine Verfügung im Sinne des Art. 17 B. G. und deren Vollziehung das Eigentumsrecht am Verwertungserlös vom Schuldner (bzw. Dritteigentümer des Pfandes) auf den betreibenden Gläubiger. So vermag er durch Verfügung die gepfändete Forderung vermittelt Anweisung an Zahlungsstatt

---

entwurfes); Einräumung von Privateigentum an einer oder dem Teil einer öffentlichen Sache (Art. 913, Abs. 2 eod.); Begründung von Patent-, Markenrechten etc. durch die gesetzlich erforderlichen Eintragungsakte etc.

<sup>46)</sup> Z. B. Eintragungen oder Löschungen von Rechten im Grundbuch; behördliche Erbteilungsakte; behördliche Bestätigung von Nachlassverträgen etc.

<sup>47)</sup> Beispiele: das Ehescheidungsurteil und die richterliche Auflösung eines Gesellschaftsverhältnisses (O. R. Art. 545 Ziff. 7 e. c. t.). — Wir verweisen beispielsweise auf Stein, in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft p. 1172 f.; Zitelmann, Internationales Privatrecht I., p. 210; Hellwig, Lehrbuch des Civilprozessrechtes, I., p. 47 ff., p. 237 ff., p. 393 ff.

<sup>48)</sup> U. E. zutreffend hebt Hellwig loc. cit. § 17, p. 103 ff. neben dem Momente der äussern Zwangsmittel auch die ideelle Einwirkung auf die bestehenden Rechtsverhältnisse hervor.

vom Schuldner als bisherigem Forderungsgläubiger auf den Betreibenden übergehen zu lassen.

Desgleichen ist es nun u. E. die im Zuschlag liegende Verfügung und nur sie, welche die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten schafft, ohne dass es hiezu noch des Abschlusses eines privatrechtlichen Vertrages bedürfte.

Um das näher zu begründen, braucht wohl nicht gezeigt zu werden, dass das Betreibungsamt die einzelnen Beteiligten durch die Zuschlagsverfügung privatrechtlich berechtigen, ihnen Befugnisse einräumen könne; wohl aber fragt es sich, wie das Amt die der jeweiligen Befugnis entsprechende privatrechtliche Verpflichtung des betreffenden Beteiligten zu begründen, wie es diesen einer Gegenpartei gegenüber privatrechtlich zu binden, seinen Vermögensbestand zu vermindern vermöge.

Für den Schuldner zunächst erklärt sich diese Möglichkeit ohne weiteres aus seiner betreibungsprozessualischen Stellung: Dieser zufolge muss er sich die Enteignung des Exekutionsobjektes gefallen lassen, welche nun eben das Amt als Vollstreckungsorgan in der Weise vollzieht, dass es einen obligatorischen Anspruch des Ersteigerers gegen ihn auf Uebertragung des Objektes begründet und diesen Anspruch für ihn erfüllt (wie es für ihn etwa den Verwertungserlös dem betreibenden Gläubiger auszahlt). Nimmt man umgekehrt als Rechtsgrund seiner Verpflichtung gegenüber dem Ersteigerer einen privatrechtlichen Vertrag an, so ist man, um einen Grund zu finden, warum er sich den Abschluss dieses Vertrages gefallen lassen muss, genötigt, doch wiederum auf seine betreibungsrechtliche Lage zurückzugreifen.

In gleicher Weise erklärt sich die privatrechtliche Bindung des (gesetzlich nicht als Beteiligten anerkannten) Dritteigentümers: Sie wird ermöglicht durch die exekutionsrechtliche Verhaftung des Steigerungsobjektes.

Der betreibende Gläubiger sodann wird durch die Zuschlagsverfügung in seiner Privatrechtssphäre wohl nur dann und sofern betroffen, als man seinem Pfändungsrecht am Exekutionsobjekt privatrechtlichen Charakter beilegt. Alsdann liegt auch

hier der Grund, warum er seines Privatrechtes am Exekutionsobjekte mit der Verwertung verlustig geht (um dafür ein entsprechendes Recht am Erlös zu erlangen), in der ihm vom Gesetze eingeräumten prozessualischen Stellung: so gut das Gesetz an die Pfändungsverfügung die Entstehung, so gut kann es an die Zuschlagsverfügung (mittelbar oder unmittelbar) den Untergang des Pfändungspfandrechtes als Rechtsfolge knüpfen.

Wenn sodann die Pfandgläubiger und andere am Exekutionsobjekt dinglich Berechtigte unter Umständen bei der Verwertung eine Modifikation ihrer Privatrechte sich gefallen lassen müssen, so ist ja das schon bei der Veräußerung durch privatrechtlichen Vertrag für dem Vertragsschlusse fernstehende Personen häufig der Fall (gesetzliche Schuldübernahme) und erscheint um so erklärlicher, wenn es sich um eine Veräußerung durch amtlichen Akt handelt, bei welcher solche Modifikationen im Interesse einer sachgemässen Durchführung des Verfahrens erfolgen.

Schwieriger hält die Erklärung dafür, dass auch dem Ersteigerer<sup>49)</sup> gegenüber die Zuschlagsverfügung der Rechtsgrund ist, wegen dessen er privatrechtlich gebunden und insbesondere als privatrechtlicher Schuldner zur Zahlung des Barerlöses verpflichtet wird. Für den Ersteigerer gilt bis zum Veräußerungsakt das Besondere, dass er als solcher in keiner für das Verfahren in Betracht kommenden Rechtsbeziehung gestanden ist: Er ist weder dinglich, in Bezug auf das Exekutionsobjekt, noch obligatorisch, einem Beteiligten oder einer sonstigen Person (z. B. Dritteigentümer) gegenüber, berechtigt und namentlich auch nicht verpflichtet gewesen. Erst jetzt schafft er eine solche Rechtsbeziehung aus eigenem Antrieb, durch seine Meistgebotserklärung, welche im Zuschlage zu einer übereinstimmenden Willenserklärung des Beamten führt. Kann in diesem Vorgang etwas anderes erblickt werden, als der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages?

---

<sup>49)</sup> Das im folgenden für den Ersteigerer Ausgeführte gilt in entsprechender Weise auch für seinen Bürgen, den für ihn Kautions Leistenden und seinen Successor (unten p. 322 f. B. u. C.).

Dieser Frage gegenüber machen wir zunächst geltend, dass das Betreibungs- und Konkursrecht vielfach Fälle aufweist, in denen sich jemand eine Verminderung oder Belastung seines Vermögensbestandes durch die Vollstreckungsbehörde nur mit seiner Einwilligung gefallen zu lassen braucht, ohne dass sich dabei von der Eingehung einer Verpflichtung durch Vertrag sprechen liesse: Wenn der Schuldner gemäss Art. 191 B. G. durch Insolvenzerklärung die Konkursöffnung bewirkt, so bedarf es seiner ausdrücklichen Willensäusserung, damit der konkursrechtliche Beschlag auf sein Vermögen gelegt wird und letzteres geschieht durch den einseitigen amtlichen Akt des Konkursdekretes. Entsprechendes gilt, wenn der Schuldner ein Kompetenzstück zur Pfändung darbietet oder für ihn ein Dritter eine diesem gehörende Sache. Legt man nach verbreiteter Meinung dem konkursmässigen bezw. dem Pfändungsbeschlage privatrechtlichen Charakter bei, so ist die Analogie mit unserm Falle auch insoweit gegeben, als hier die vom Ersteigerer übernommene Verpflichtung eine privatrechtliche Forderung darstellt. Ein passendes Beispiel scheint uns sodann namentlich die Anweisung an Zahlungsstatt des Art. 131 zu bieten: Der betreibende Gläubiger erklärt sich bereit, seine Forderung als getilgt anzusehen gegen Einweisung in die gepfändete Forderung und das Amt vollzieht seinem Begehren entsprechend die Einweisung, indem es die betriebene Forderung zum Erlöschen bringt. Ein Vertrag liegt ferner, wie wir anderswo schon darzutun versuchten (Archiv VIII S. 191), auch dann nicht vor, wenn der Arrestschuldner oder ein Dritter gemäss Art. 277 B. G. zur Abwendung der amtlichen Verwahrung von Arrestobjekten Sicherheit leistet<sup>50)</sup>.

---

<sup>50)</sup> Ferner geht der Experte, welchen der Beamte zur Schätzung der gepfändeten Gegenstände beizieht, keinen Dienstvertrag ein, sondern wird durch amtliche Verfügung ernannt (mit der Möglichkeit, sich dem kraft dieser Verfügung begründeten öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnis durch eine Ausschlagungserklärung zu entziehen). Die Stellung des Experten scheint uns mit der des Ersteigerers rechtlich eine Aehnlichkeit darin aufzuweisen, dass beide als eine Art Hilfsorgane neben den ordentlichen

In all' diesen Fällen sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen gegeben, die eines Privaten (sei es eines im Exekutionsverfahren bereits irgendwie Beteiligten, sei es eines ihm bisher Ferngestandenen) und die einer mit der Durchführung des Verfahrens betrauten, obrigkeitlich<sup>51)</sup> handelnden Behörde. Die Erklärung des Privaten bildet nicht einen derjenigen der Behörde gleichgearteten und gleichwertigen Bestandteil eines einheitlichen Aktes wie die Willenserklärung des privatrechtlichen Vertragskontrahenten im Vergleich zu der seiner Gegenpartei. Vielmehr hat sie die Bedeutung einer betreibungsprozessualischen Erklärung, die eine Partei an die Behörde richtet. Die darauf ergehende Erklärung der Behörde aber hat den Charakter einer Verfügung. Sie wird als eine (ausschliesslich oder teilweise) auf jene Parteihandlung bezügliche Amtshandlung getroffen, allerdings, sofern sie die Partei belastet, gestützt auf deren Einwilligung, sich in der betreffenden Weise belasten zu lassen. Trifft die Behörde die Verfügung, trotzdem es an dieser Einwilligung als einer gesetzlichen Voraussetzung dafür fehlt (pfändet z. B. das Amt ohne Zustimmung des Betriebenen ein Kompetenzstück oder vollzieht es die Forderungsüberweisung trotz mangelnden Begehrens des betreibenden Gläubigers), so hat man es immer-

---

staatlichen Funktionären bei der Verfolgung des Betreibungszweckes mitwirken. Der Experte stellt für das Verfahren seine fachmännischen Dienste zur Verfügung. Der Ersteigerer beschafft diejenigen Vermögenswerte, deren es bedarf (— und die, wenn der Staat sich nicht selbst vermögensrechtlich im Verfahren beteiligen will, von dritter Seite zu erlangen sind, oben p. 91 Zif. 2 u. p. 275 —), um dem die staatliche Rechtshilfe in Anspruch nehmenden Gläubiger in der gesetzlich vorgesehenen Weise (durch Barzahlung) zur Befriedigung zu verhelfen. Aus dieser Stellung des Ersteigerers als eines zur Mitwirkung bei der staatlichen Vollstreckungstätigkeit Berufenen ergibt sich die Notwendigkeit seiner sofortigen prozessualischen Gebundenheit (unten p. 288 ff.) und einer strengern Haftung in betreff der Erfüllung seiner Verpflichtungen als die eines gewöhnlichen Käufers (unten p. 311 und Note 86). Andererseits ist dann aber auch sein Rechtserwerb ein besonders gesicherter.

<sup>51)</sup> Obrigkeitlich: im Gegensatz zum privatrechtlichen Handeln einer Behörde: des Beamten, der namens des Staates, der Vormundschaftsbehörde, die namens eines Vögtlings einen privatrechtlichen Vertrag (Kauf, Darlehen etc.) abschliesst, s. auch oben p. 98, Note 20.

hin mit einem selbständigen amtlichen Akte zu tun, mag er auch wegen seiner Gesetzwidrigkeit innert ordentlicher Frist oder allenfalls jederzeit anfechtbar sein. Dagegen hat eine solch mangelhafte Verfügung nicht den Charakter der Unselbständigkeit und infolgedessen gänzlichen Rechtsunwirksamkeit, die einer vertraglichen Willenserklärung privatrechtlicher Art anhaftet, bei welcher eine gegnerische Erklärung nicht abgegeben worden ist.

In diesem Sinne fassen wir nun auch die Entstehung der privatrechtlichen Gebundenheit auf, in welche der Ersteigerer durch die Zuschlagverfügung eintritt. Derselbe wird nicht verpflichtet, weil er einer privatrechtlichen Gegenpartei eine von dieser angenommene Vertragsofferte machen würde (an einer solchen Gegenpartei fehlt es unseres Erachtens), sondern weil das Amt, gestützt auf die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass der Zuschlagsverfügung und speziell auf die in seinem Meistgebote liegende betreibungsprozessualische Einwilligungserklärung, durch diese Verfügung ihm die privatrechtlichen Verpflichtungen eines Ersteigerers (und gleichzeitig die damit verbundenen betreibungsrechtlichen) auferlegt. Auch bezüglich seiner Rechte und Pflichten kann es sich deshalb, wie bei den übrigen Beteiligten, in keiner Hinsicht um einen Vertrag, sondern stets nur um den behördlichen Zuschlagsakt als ihren Rechtsgrund handeln. Bestreitet der Ersteigerer seine rechtliche Gebundenheit mit der Behauptung, kein Meistgebot oder doch kein gültiges gemacht zu haben, so stellt er damit in Abrede, dass ihm gegenüber eine gültige Zuschlagsverfügung vorliege, und wendet sich dagegen, dass er als Ersteigerer in das Verfahren einbezogen werde. Das hat denn auch die Rechtssprechung implicite damit zugegeben, dass sie den vom Amte unrichtigerweise als Ersteigerer in Anspruch Genommenen als gehalten ansieht, sich auf dem Beschwerdewege zur Wehr zu setzen (siehe oben S. 107 B in fine). Behauptet umgekehrt der Ersteigerer, ein gültiges Meistgebot gemacht zu haben, und verlangt er gestützt darauf die Erteilung des Zuschlages, so liegt darin die Geltendmachung nicht eines privatrechtlichen Anspruches auf Abschluss eines Vertrages oder

Anerkennung eines erfolgten Vertragsschlusses (siehe oben S. 86 und Note 10 daselbst und S. 101 und Note 24 daselbst), sondern eines betreibungsprozessualischen Anspruches auf Erlass einer Verfügung. Auch dem hat sich die Praxis nicht entziehen können, indem sie die Geltendmachung dieses von ihr anerkannten Rechts auf Erteilung des Zuschlages in das Beschwerdeverfahren und nicht, wie sie vom Standpunkte der Kaufvertragstheorie aus tun müsste, vor den ordentlichen Civilrichter verweist. Ebenso verhält es sich endlich mit der weiteren Eventualität, wonach die Gültigkeit der Zuschlagsverfügung vom Ersteigerer anerkannt ist, dieser aber beim nachherigen Vollzug dieser Verfügung mit dem Amte darüber uneinig wird, welche Rechte und Pflichten ihm aus derselben erwachsen sind. Auch hier handelt es sich um die Auslegung keines Vertrages, sondern der behördlichen Zuschlagserklärung (zu deren Inhalt derjenige der Steigerungsbedingungen und des Angebotes erhoben worden sind bzw. erhoben worden sein sollen). Diese Erklärung bildet den alleinigen und einheitlichen Rechtsgrund für alle zur Entstehung gelangenden Rechte und Pflichten aller Beteiligten, auch für diejenigen des Ersteigerers.

2. Dass es nicht ein privatrechtliches Rechtsgeschäft, sondern ein behördlicher Akt ist, welcher die in Frage stehenden Privatrechte erzeugt, äussert sich in der besondern prozessualischen Wirksamkeit, deren diese Rechte sogleich mit ihrer Entstehung fähig sind. Beim civilrechtlichen Geschäfte erwirbt die Partei das materielle Recht noch bar konkreter amtlicher Anerkennung und Schutzes. Will sie es gegenüber dem widerstrebenden Verpflichteten zur Durchsetzung bringen, so muss sie vorerst durch die zuständige richterliche Behörde dessen Bestand feststellen lassen (mit welcher Feststellung der behördliche Befehl an den Verpflichteten zu der ihm obliegenden Leistung sich verbindet, dem dann gegebenenfalls vermittelt des Zwangsvollstreckungsverfahrens Nachachtung verschafft wird). Anders wenn eine Behörde obrigkeitlich<sup>52)</sup> zu

---

<sup>52)</sup> Oben Note 51.

Gunsten der einen Privatpartei einer andern gegenüber ein Privatrecht konstituiert: Dann liegt unseres Erachtens im Akte, welcher das Recht zur Entstehung bringt, gleichzeitig die für den Verpflichteten verbindliche Erklärung enthalten, dass dasselbe als amtlich festgestellt gelten müsse: Rechtsbegründung und Rechtsfeststellung<sup>53)</sup> fallen zusammen. Während es dort am Berechtigten ist, durch Einleitung des amtlichen Verfahrens dem ausserhalb eines solchen entstandenen materiellen Rechte die behördliche Anerkennung als Voraussetzung seiner zwangsweisen Geltendmachung zu verschaffen, findet sich hier umgekehrt der Verpflichtete in der Lage, eine ihm behördlich auferlegte civilistische Rechtspflicht beseitigen zu müssen: Er hat das Verfahren, in dem diese Verpflichtung für ihn begründet worden ist, in der Weise weiterzuführen, dass er von einer hiefür zuständigen Instanz die Aufhebung des amtlichen Aktes zu erreichen sucht, der die Verpflichtung schuf und festsetzte und mit dessen Aufhebung sie wieder dahinfällt<sup>54)</sup>.

Auch der Zuschlagsverfügung, als einem rechts- und speziell privatrechtsbegründenden behördlichen Akt, muss diese rechtsfestsetzende Kraft innewohnen. So z. B. erwirbt der Ersteigerer nicht nur, im Gegensatz zum privatrechtlichen Käufer, durch den (unanfechtbar gewordenen) Zuschlag den materiellrechtlichen Anspruch auf Uebertragung des Steigerungsobjektes, sondern kann er darüber hinaus vom betriebenen Schuldner (bezw. Dritteigentümer) als Verpflichtetem verlangen, dass er diesen Anspruch sofort wie eine verurteilte Civilprozesspartei

---

<sup>53)</sup> Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. p. 282: „Jeder Akt der öffentlichen Gewalt, sobald er mit dem Anspruch auf Rechtswirksamkeit nach aussen auftritt, enthält zugleich die Feststellung und Bezeugung seiner Rechtsgültigkeit. Die civilrechtliche Willenserklärung ist dazu ausser Stande.“

<sup>54)</sup> Das Gesagte schliesst nicht aus, dass ein durch amtlichen Akt entstandenes und deshalb rechtsgültig festgesetztes Privatrecht mangels einer Voraussetzung, unter der allein es bestehen soll und deren Vorhandensein sein Begründungsakt unpräjudiziert gelassen hat, nachträglich wieder dahinfällt, sei es ohne weiteres, sei es kraft eines speziellen Aufhebungsaktes; so das durch den Grundbucheintrag geschaffene Eigentumsrecht, wenn sein vertraglicher Rechtsgrund als ungültig erklärt wird.

als bestehend anerkenne, und muss dieser es sich deshalb gefallen lassen, dass der Anspruch, weil festgestellt, ohne weiteres im Betreibungsverfahren selbst vom Amte für ihn zur Erfüllung gebracht wird. Die Möglichkeit, denselben noch in einem besondern zwischen ihm und dem Ersteigerer auszutragenden Civilprozessverfahren zu bestreiten, besteht für den Verpflichteten nicht.

**3.** Die derart durch die (rechtskräftige) Zuschlagsverfügung oder während ihres Vollzuges (endgültig) begründeten und festgesetzten Privatrechte können, brauchen aber nicht notwendig auch vollstreckbar zu sein<sup>55</sup>).

Sie sind es, regelmässig wenigstens, dann, wenn nach dem Willen des Gesetzes ihre Geltendmachung im betreffenden Betreibungsverfahren selbst, als zu dessen Durchführung gehörig, erfolgen muss, was des nähern unten im speziellen Teile erörtert wird.

Für den umgekehrten Fall, d. h. wenn es Sache des Berechtigten ist, seinen Anspruch ausserhalb des Betreibungsverfahrens gegenüber dem Verpflichteten zur Geltung zu bringen, dürfte hier hinsichtlich der Frage nach der Vollstreckbarkeit eines solchen Anspruches folgendes in Betracht kommen: Hat man mit einer Geldforderung oder mit einem

---

<sup>55</sup>) Die behördliche Feststellung eines Anspruches und speziell dessen rechtskräftige (endgültige) Feststellung involviert nicht notwendig dessen sofortige Vollstreckbarkeit oder dessen Vollstreckbarkeit überhaupt. So erklärt Art. 181 des Civilgesetzentwurfes eine Zwangsvollstreckung für Ansprüche unter den Ehegatten als während der Ehe (unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen) unstatthaft, verbietet aber damit wohl eine richterliche Feststellung solcher Ansprüche und Verurteilung zu den bezüglichlichen Leistungen während bestehender Ehe nicht. So schliesst § 888, Abs. 2 der deutschen Civilprozessordnung die Zwangsvollstreckung (Compulsivzwang durch Androhung von Geldbussen) aus bei gerichtlichen Verurteilungen zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens und zu Leistungen von (nicht vertretbaren) Diensten aus einem Dienstvertrage. — Umgekehrt ist z. B. eine Forderung, für die ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl besteht, ohne richterliche Feststellung derselben vollstreckbar.

Ansprüche auf Sicherheitsleistung zu tun<sup>56)</sup>, so richtet sich seine Vollstreckbarkeit nach dem Betreibungsgesetze (Art. 38 Abs. 1 leg. cit.). Nun lässt sich zunächst nicht sagen, dass ein derartiger Anspruch auf „einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteile“ im Sinne des Art. 80 Abs. 1 B. G. beruhe, da die den Anspruch begründende Verfügung nicht den Charakter eines gerichtlichen Urteils, d. h. eines vom Civilrichter ausgehenden Entscheides über streitige Privatrechte besitzt, sondern sich als vollstreckungsbehördlicher Akt darstellt. Danach kann auch der Begriff der „gerichtlichen Schuldanerkennung“ nach Abs. 2 des Art. 80 hier nicht zutreffen. Die Frage endlich, ob nicht wenigstens Art. 82 in vorliegenden Fällen analog anwendbar sei, darf hier unerledigt bleiben<sup>57)</sup>. Je nach deren Entscheidung besteht für die betreffenden Ansprüche die Möglichkeit der provisorischen Rechtsöffnung oder ist für sie der ordentliche Prozessweg zu betreten. Der Richter, an den sich im zweiten Falle der Gläubiger als Kläger und im ersten der

---

<sup>56)</sup> Beispiele: Anspruch auf Bezahlung des Erlöses, wenn er vom bisherigen Eigentümer des Steigerungsobjektes nach Erlöschen der Betreibung (unten p. 304, vor b) oder von demjenigen, der diesen Anspruch bei seiner allfälligen Verwertung erworben hat (unten p. 316 sub a), geltend gemacht wird. — Schadenersatzanspruch nach Art. 129, Abs. 4 oder nach Art. 143, Abs. 2 gegen den Ersteigerer oder bezüglich der Haftungsansprüche gegen den Bürgen des Ersteigerers, wenn unter den zuvor genannten Bedingungen zur Geltung gebracht (unten p. 315/16 und 322, B). — Anspruch auf Sicherstellung gegen den Ersteigerer (unten p. 307) oder Anspruch aus dem Pfandrecht nach Art. 137, Abs. 1 (unten p. 306), wenn nach Erlöschen der Betreibung vom bisherigen Eigentümer geltend gemacht.

<sup>57)</sup> Das Protokoll über die Entstehung des betreffenden Anspruchs (Erteilung des Zuschlages, Rückgängigmachung derselben etc.) ist eine „öffentliche Urkunde“ im Sinne des Art. 82; und einer „Schuldenerkennung“ im Sinne des Artikels muss die behördliche Auferlegung einer Schuld in Betreff der Exekutionsfähigkeit gleichwertig sein. Regelmässig handelt es sich aber nicht um eine selbständige, vorbehaltlos auferlegte Verpflichtung, sondern es bildet der betreffende Anspruch einen abhängigen Bestandteil eines umfassendern Rechtsverhältnisses. Nach viel vertretener Auffassung würde dies den Begriff der Schuldenerkennung ausschliessen (vgl. Jäger, Note 4 zu Art. 82).

Schuldner als Aberkennungskläger wendet, hat davon zuzugeben, dass der fragliche Anspruch durch die betreffende (rechtskräftige) Verfügung begründet und festgestellt worden sei, da er diese Verfügung nicht auf ihre Rechtsgültigkeit nachprüfen darf. Insoweit kann es sich für ihn nur noch darum handeln, dem behördlich festgestellten Anspruch den behördlichen Leistungsbefehl beizufügen. Eine selbständige materielle Kognitionsbefugnis ist ihm dagegen sofern zuzugestehen, als der Beklagte bzw. Aberkennungskläger sich auf einen nachträglich eingetretenen, den bestrittenen Anspruch aufhebenden oder hemmenden Tatbestand civilrechtlicher Natur (z. B. Zahlung) beruft. — Handelt es sich um Ansprüche, die nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung, sondern auf eine anderweitige Leistung gehen (insbesondere um den Anspruch auf Uebertragung oder auf Rückübertragung des Steigerungsobjektes, unten p. 324, Note 71 und Note 94), so richtet sich ihre Geltendmachung ausserhalb des Betreibungsverfahrens nach dem kantonalen Rechte. Dasselbe wird die betreffende betreibungsamtliche Verfügung wohl durchwegs ebenfalls nicht einem gerichtlichen Urteil gleichstellen und als vollstreckbar erklären, sondern noch einen besondern richterlichen Zuspruch des daraus hergeleiteten Rechts verlangen. Auch hier muss die richterliche Prüfung in der oben bezeichneten Weise eine beschränkte sein.

4. a) Den Kern des durch die Zuschlagsverfügung geschaffenen Komplexes von Rechtsbeziehungen bildet das Privatrechtsverhältnis zwischen dem bisherigen Eigentümer des Steigerungsobjektes (betriebenem Schuldner bzw. Dritteigentümer) und dem Ersteigerer. Die Zuschlagsverfügung wirkt hier analog einem zweiseitigen Vertrage: Die vom Amte begründeten Verpflichtungen zur Bezahlung des Erlöses und zur Uebertragung des Eigentums stehen im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung. Infolge dessen muss namentlich Art. 95 O. R. sinngemäss Anwendung finden. Das Amt soll also (an Stelle des bisherigen Eigentümers) die Zahlung des fälligen Erlöses nur fordern,

wenn es seinerseits der — ebenfalls fälligen — Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums Genüge zu leisten in der Lage ist, und darf vorher nicht zur Rückgängigmachung der Zuschlagsverfügung (Art. 129, Abs. 3 und 143, Abs. 1) schreiten. Und ebenso steht dem Ersteigerer der Anspruch auf Uebertragung des Eigentums nur gegen Erfüllung seiner (fälligen) Verpflichtung zu. Solange das Betreibungsverfahren schwebt, sind derartige Einwendungen mangelnder Gegenleistung im Verfahren selbst, auf dem Beschwerdewege geltend zu machen. Denn alsdann wird damit stets die Richtigkeit der Art und Weise, wie das Amt die Zuschlagsverfügung zum Vollzuge bringt, angefochten. Nur wenn sich, infolge Erlöschens der Betreibung vor Ausführung der Zuschlagsverfügung, bisheriger Eigentümer und Ersteigerer direkt gegenüberstehen, kann der Civilprozessweg zugänglich sein.

Auch in anderweitigen Beziehungen ist das durch die Zuschlagsverfügung geschaffene Privatrechtsverhältnis einem durch Vertrag und speziell durch Kaufvertrag begründeten gleichzustellen: So namentlich bezüglich der Frage des Uebergangs von Nutzen und Gefahr (Art. 204 O. R.) und vielfach soweit es sich (mangels spezieller gesetzlicher Regelung oder besonderer Festsetzungen in den Steigerungsbedingungen etc.) darum handelt, den Inhalt der geschuldeten Leistungen und die Art und Weise ihres Vollzugs zu bestimmen<sup>58)</sup>. Auch hier ist während der Betreibung nur Beschwerde möglich.

b) Dem Gesagten gegenüber darf man aber umgekehrt nicht verkennen, dass das Privatrechtsverhältnis zwischen bisherigem Eigentümer und Ersteigerer im Betreibungsverfahren und für den Zweck desselben entsteht und dass dies von wesentlichem Einfluss auf seine Gestaltung sein muss. Infolge dessen stellt es sich als Privatrechtsverhältnis *sui generis*

---

<sup>58)</sup> So halten wir beispielsweise folgende Artikel des Obligationenrechtes für anwendbar: 87—91 (Zeitpunkt der Erfüllung durch den Ersteigerer, neben Art. 31 B. G.), 94 (vorzeitige Erfüllung), 99 (Anrechnung von Teilzahlungen), 116 (Schadensevaluierung: für die Berechnung des „weitem Schadens“ in den Fällen der Art. 129, Abs. 4 und 143, Abs. 2 B. G.), 129 Abs. 1 (Erlöschen von Nebenrechten), 230 (Erfüllung Zug um Zug) etc.

dar, auch wenn man es nur von seiner civilistischen Seite aus ins Auge fasst, d. h. davon absieht, dass mit ihm von Anfang an prozessualische Elemente (Rechtsfeststellung und Vollstreckbarkeit) untrennbar verbunden sind. Von diesem Gesichtspunkte aus ergibt sich dann häufig, dass auf dasselbe wichtige Sätze des Vertrags- und speziell Kaufrechts keine analoge Anwendung finden<sup>59)</sup>, sondern nur betriebsrechtliche Normen und Erwägungen für dasselbe massgebend sein können.

---

<sup>59)</sup> Hiezu rechnen wir namentlich:

a) Die Bestimmungen betreffend die Mängel des Vertragsabschlusses (Art. 18 ff. O. R.), wenigstens soweit es sich um die Mangelhaftigkeit der Zuschlags- (nicht der Meistgebots-) Erklärung handelt; siehe unten p. 299, c.

b) Die Bestimmungen betreffend die kaufsmässige Gewährspflicht wegen physischer oder rechtlicher Mängel des veräusserten Objektes; vgl. oben p. 108 ff. und unten p. 326.

c) (Während hängigen Betreibungsverfahrens) die Art. 110 ff. O. R. betreffend Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung der dem Ersteigerer geschuldeten Leistungen. Dem Ersteigerer hat kein „Verkäufer“ (Schuldner, Gläubiger etc.) für den richtigen Vollzug der Zuschlagsverfügung (Uebertragung des Eigentums etc.) gemäss Art. 115 einzustehen. Vielmehr ist der Ersteigerer, soweit die Beschwerde nicht Abhilfe schaffen kann, angewiesen auf die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 5 B. G. gegenüber dem Beamten. Das Entsprechende gilt in Bezug auf eine ungerechtfertigte Rückgängigmachung der Zuschlagsverfügung wegen (angeblich) nicht rechtzeitiger Zahlung des Erlöses. (Art. 129, Abs. 3 und 143, Abs. 1 B. G.) Eine vertragsrechtliche Schadenersatzklage wegen „Vertragsbruches“ besteht nicht. Umgekehrt ist die Haftung des Ersteigerers bei Rückgängigmachung des Zuschlages wegen seines Zahlungsverzuges eine strengere als sie es nach ordentlichen Grundsätzen des Vertragsrechtes wäre (oben Note 50 und unten p. 301).

d) Die Art. 122 (bezw. 234) O. R., insoweit der Ersteigerer nicht von sich aus, kraft seiner Willenserklärung, den „Vertrag auflösen“ kann, d. h. nicht die rechtliche Fähigkeit hat zu selbständiger Rückgängigmachung der Zuschlagsverfügung wegen Säumnis in der Erfüllung der dem Ersteigerer geschuldeten Leistungen. Vielmehr verfügt die Aufsichtsbehörde auf bezügliches Begehren des Ersteigerers die Rückgängigmachung, sofern sie sich als gerechtfertigt erweist.

e) Die Bestimmungen betreffend Anfechtung von Verträgen wegen *laesio enormis* (oben p. 115) oder wegen Uebervorteilung (Art. 1036 des Civilgesetzentwurfes).

f) Art. 131 O. R.: der Ersteigerer ist nicht befugt, die Forderung auf den Erlös mit einer Forderung, die ihm gegen den Schuldner oder

Mit dem Vorstehenden haben wir unsere Ansicht über die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach geltendem Betreibungsrechte im allgemeinen entwickelt. Das Nachfolgende enthält einen Versuch, von unserm grundsätzlichen Standpunkte aus und als Probe für dessen Haltbarkeit das Rechtsinstitut in seinen Einzelheiten zur Darstellung zu bringen. Erschöpfung des reichen kasuistischen Details wird dabei nicht bezweckt, da es ja nur darum handelt, in genügender Weise darzutun, dass das Einzelne von unserer Grundauffassung aus in Uebereinstimmung mit dem Gesetzesinhalt sich erklären lässt. Soweit an dieser oder jener Stelle eine irrtümliche Meinung zu Tage treten sollte, so wäre damit wohl nicht ohne weiteres ein Schluss auf die Unrichtigkeit unserer prinzipiellen Auffassung überhaupt gerechtfertigt.

### Spezieller Teil.

#### **Darstellung der einzelnen mit der Zuschlagsverfügung verbundenen Rechtsbeziehungen.**

Als Verfügung bildet der Zuschlag einen Bestandteil des Betreibungsprozesses, ein einzelnes Glied in der Kette der Rechtsakte, aus denen dieser sich zusammensetzt. Er gründet sich einerseits direkt oder indirekt auf vorangegangene Akte, die zu ihm hinführen, speziell auf die das Stadium des Verwertungsverfahrens bildenden, dem er ebenfalls, als Ziel dieses Verfahrens, noch angehört. Andererseits sodann schafft er eine, von der bisher bestandenem sich scharf abhebende,

---

einen der beteiligten Gläubiger zusteht, zur Verrechnung zu bringen (Archiv V, Nr. 26). Das beweist u. E., dass er sich nicht einem Vertragskontrahenten, sondern einer Mehrzahl von an der Barzahlung rechtlich interessierten Beteiligten gegenüber befindet.

g) Die Bestimmungen über den Untergang von dinglichen Rechten durch gutgläubigen Dritterwerb, insoweit dieser Untergang schon mit der Zuschlagserklärung eintritt (Art. 107, Abs. 4, oben p. 115, unten p. 327).

h) Endlich lässt sich in prozessualischer Beziehung noch bemerken, dass der Anspruch gegen den Ersteigerer auf Erfüllung regelmässig (— eine Ausnahme s. unten p. 316, a —) nicht zwangszweise realisiert wird (oben p. 115, unten p. 309 und Note 83).

neue Rechtslage, indem er einen Komplex von Rechtsbeziehungen zur Entstehung bringt, die zur Abwicklung gelangen müssen, so dass er, von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, als Ausgangspunkt einer weitem Phase des Gesamtverfahrens erscheint. Daraus ergibt sich systematisch zunächst eine Zweiteilung durch Unterscheidung zwischen den rechtlichen Grundlagen der Zuschlagsverfügung und deren (unmittelbaren oder mittelbaren) rechtlichen Wirkungen. In ersterer Hinsicht sind als wichtige Rechtsbeziehungen besonders zu betrachten hienach sub

*1. Das Recht auf Erteilung und dasjenige auf Anfechtung des Zuschlages.*

1. Das **Recht auf Erteilung des Zuschlages** ist der betriebsprozessualische Anspruch gegenüber dem Amte darauf, dass dasselbe bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen<sup>60)</sup> die Zuschlagsverfügung zuerlasse. Er steht den im Verfahren Beteiligten zu, soweit sie an der Weiterführung desselben durch Abgabe der Zuschlagserklärung rechtlich interessiert sind. Letzteres kann nicht der Fall sein beim Schuldner<sup>61)</sup>, wohl aber beim betreibenden Gläubiger, dem Pfandgläubiger und dem Meistbieter. Die Legitimation des Meistbieters ergibt sich daraus, dass er durch sein Angebot provisorisch, und sobald dasselbe mangels Höhergebotes zum Meistgebot geworden ist, definitiv als Beteiligter in das Verfahren eintritt. Das Recht auf Erteilung des Zuschlages kann von ihm und durch die andern Beteiligten gegen ihn ausgeübt werden.

Der Anspruch auf Erlass der Zuschlagsverfügung — und zwar auf sofortigen<sup>62)</sup> Erlass — entsteht mit der Abgabe eines

---

<sup>60)</sup> Zu diesen Voraussetzungen gehört insbesondere auch die derzeitige Fortdauer der Betreibung.

<sup>61)</sup> Der an der Erteilung des Zuschlages kein rechtliches Interesse hat (oben p. 97 bei Note 19 und p. 113, Note 33). Der Dritteigentümer des zu verwertenden Pfandes ist überhaupt nicht Beteiligter, oben Note 41 b.

<sup>62)</sup> Im deutschen Liegenschaftsverwertungsverfahren werden nach Abgabe des letzten Gebotes die Beteiligten über den Zuschlag gehört und erst gestützt auf die bezügliche Verhandlung erfolgt die Beschlussfassung über den Zuschlag. (§§ 73, Abs. 2, 74, 79 ff. des Zwangsversteigerungsgesetzes.)

gültigen Meistgebotes. Bringt das Amt den Anspruch nicht zur Erfüllung, so eröffnet sich dem Berechtigten der Beschwerdeweg. Zur Erfüllung kommt dann der Anspruch in der Weise, dass die Aufsichtsbehörde kraft Art. 21 B. G. den Erlass der Zuschlagsverfügung anordnet, d. h. das Amt zum Erlass derselben verhält (vergl. Archiv II, 83. Erwg. 2).

2. Das **Recht auf Anfechtung des Zuschlages** (genauer: auf Aufhebung des anfechtbaren Zuschlages)<sup>63)</sup> ist der betreibungsprozessualische Anspruch darauf, dass die Zuschlagsverfügung wegen Gesetzwidrigkeit oder Unangemessenheit „aufgehoben“ werde. In der Aufhebung liegt eine Verfügung dahin, dass die Rechtswirkungen des erfolgten Zuschlages als nicht eingetreten zu gelten haben.

a) Die Legitimation zur Anfechtung richtet sich auch hier danach, ob der im Verfahren Beteiligte an der Anfechtung unter den jeweiligen Umständen rechtlich interessiert sei, d. h. ob ein Anfechtungsgrund gerade für ihn vorliege oder nicht<sup>64)</sup>. Das ist hier (im Gegensatz zum Falle, wo es sich um Erteilung des Zuschlages handelt), für den Schuldner, wenigstens regelmässig, zu bejahen, da in der Aufhebung der anfechtbaren Zuschlagsverfügung die Vernichtung eines unrichtigerweise gegen ihn geführten Verfahrens liegt. Auch denjenigen Bieter, der das zweithöchste Gebot (als gültiges) gemacht hat, halten wir für anfechtungsberechtigt, sofern er die Zuschlagsverfügung wegen Ungültigkeit des ihr zu Grunde liegenden Meistgebotes anfecht<sup>65)</sup>. Durch sein Angebot ist er in dem

---

<sup>63)</sup> Von der Aufhebung der Zuschlagsverfügung wegen Anfechtbarkeit ist deren Rückgängigmachung wegen Verzuges des Ersteigerers (unten p. 310) zu unterscheiden. Dort wird ein rechtlich mangelhafter Akt wegen dieser Mangelhaftigkeit als ungültig erklärt; hier einem rechtlich gültigen Akte nachträglich die rechtliche Wirkung aberkannt wegen des späteren Verhaltens des dabei beteiligten Ersteigerers und unter Haftbarmachung desselben für den Schaden, den dieses die Aufhebung des Aktes bedingende Verhalten den andern Beteiligten verursacht.

<sup>64)</sup> Oben Note 36.

<sup>65)</sup> Ein Recht zur Anfechtung aus einem andern Grunde hat er u. E. nicht, da ja sein Meistgebot, wenn es zu einem solchen gekommen wäre, gleicher Weise zu einer an der nämlichen Mangelhaftigkeit leidenden

Sinne in das Verfahren eingetreten, dass er beim Ausbleiben eines gültigen Höhergebotes Meistbieter wird und das Recht auf Erteilung des Zuschlages erwirbt. Dieses Recht darf ihm nicht durch eine ungültige Zuschlagserklärung zu Gunsten seines Konkurrenten verkümmert werden, sondern er kann verlangen, dass der Zuschlag aufgehoben werde und ein neuer Ausruf des Objektes, nötigenfalls durch Abhaltung einer neuen Steigerungsverhandlung, stattfinde. Als mögliche Anfechtungsberechtigte kommen daneben der betreibende Gläubiger, der am Exekutionsobjekt dinglich Berechtigte und der Ersteigerer in Betracht.

b) Zwei Arten von Anfechtungsgründen lassen sich unterscheiden: Entweder wird die Zuschlagserklärung als solche bemängelt: So wenn geltend gemacht wird, sie gehe von einer unzuständigen Behörde aus, oder sie sei in betriebsprozessualisch unzulässiger Weise erfolgt (z. B. während den Betriebsferien) oder sie sei inhaltlich ungesetzlich. Letzteres ist dann der Fall, wenn sie vom Inhalte der Steigerungsbedingungen und der Meistgebotserklärung als ihren (unmittelbaren) rechtlichen Grundlagen abweicht<sup>66)</sup> (z. B. Zuschlag im Falle des Art. 141 unter dem durch die Steigerungsbedingungen aufgestellten Schätzungspreise). Die zweite Art von Anfechtungsgründen richtet sich gegen das der Zuschlagserklärung vorangegangene Verfahren mit der Behauptung, dass ein bzw. mehrere diesem Verfahren angehörige Akte mangeln oder rechtswidrig seien und dass dies die Rechtsbeständigkeit auch der mittelbar oder unmittelbar darauf gegründeten Zuschlagsverfügung ausschliesse. Als Akt, der dem Zuschlage direkt vorangeht bzw. voranzugehen hat, kommt hier die Meistgebotserklärung in Betracht: Sie kann ganz fehlen, indem der als Ersteigerer in Anspruch Genommene kein oder ein durch Höhergebot beseitigtes Angebot gemacht

---

Zuschlagsverfügung geführt hätte. Als blosser Kaufliebhaber, wie die sonstigen Bieter, betrachtet, mangelt ihm das rechtliche Interesse an der Anfechtung.

<sup>66)</sup> Vgl. auch Deutsches Zwangsversteigerungsgesetz § 100, Abs. 1.

hat. Sie kann gesetzlich ungültig sein, indem sie z. B. von einem Handlungsunfähigen (d. h. hier: betreibungsprozessualisch Handlungsunfähigen) ausgeht oder sich inhaltlich nicht als vorbehaltlose Annahme der Ausrufserklärung und der ihr zu Grunde liegenden Steigerungsbedingungen darstellt. Möglicherweise bilden sodann die letztern den Angriffspunkt des Anfechtenden, d. h. die in ihnen liegende amtliche Erklärung darüber, zu welchen Bedingungen das Steigerungsobjekt ausgerufen und eventuell vermittelt des Zuschlages entäußert werden solle. Endlich vermag sich der Anfechtende gegen sonstige, namentlich weiter zurückliegende Akte des Verfahrens bzw. die Unterlassung solcher zu richten (z. B. Fehlen des oder eines gültigen Zahlungsbefehls, der Steigerungsmitteilung, Rückzug der Betreibung vor dem Zuschlag.) In allen Fällen aber wird vorausgesetzt, dass der Mangel des Verfahrens, der den Grund zur Aufhebung des Zuschlags abgeben soll, nicht deshalb geheilt sei, weil er früher durch Beschwerde hätte gerügt werden können und sollen. Ist er noch rügbar, so muss die nunmehrige Beschwerde zur Aufhebung nicht nur der Zuschlagsverfügung führen können, sondern des Betreibungsverfahrens überhaupt, soweit es von dem gerügten Mangel betroffen wird.

c) Aus der geschilderten betreibungsprozessualischen Natur des Anfechtungsanspruchs ergibt sich, dass die Sätze des civilen Vertragsrechtes über Irrtum, Betrug und Furcht für die Beurteilung weder der Verbindlichkeit des Meistgebotes noch der Gültigkeit des Zuschlages Anwendung finden können oder dies doch nur in einer durch entgegenstehende betreibungsrechtliche Sätze beschränkten Weise.

Was zunächst die Zuschlagserklärung des Beamten anbelangt, so lässt sie sich, wenn sie durch Irrtum, Betrug oder Furcht beeinflusst ist, zum vornherein nicht einer vertraglichen Willenserklärung in Bezug auf Art. 18 ff. O. R. gleichstellen. Entscheidend für die Gültigkeit der Zuschlagsverfügung als einer obrigkeitlichen Willenserklärung ist allein, ob die gewollte Rechtswirkung (die Rechtsbeziehungen, auf deren Begründung es der Beamte abgesehen hat), objektiv

gesetzesgemäss bzw. „angemessen“<sup>67)</sup> sei oder nicht. Ist dies zu verneinen, so unterliegt die Zuschlagsverfügung der Anfechtung, auch wenn die Zuschlagserklärung nicht auf Irrtum, Betrug oder begründeter Furcht beruht, wenn z. B. der Beamte sehr wohl weiss, dass er nicht die Sache A., sondern die Sache B. zuschlagen soll. (Art. 19 Ziff. 2 O. R.) Umgekehrt bildet der Umstand, dass bei der Zuschlagserklärung ein Willensmangel im Sinne des Art. 18 ff. cit. unterlaufen ist, keinen besondern, qualifizierten Grund zur Anfechtung.

Für die Meistgebotserklärung des Ersteigerers fällt in entsprechender Weise in Betracht, dass man es hier nicht mit einer vertraglichen, sondern mit einer betreibungsprozessualen Parteierklärung zu tun hat, die im Betreibungsverfahren als ein für dessen Abwicklung wesentlicher Rechtsakt erfolgt. Dies schliesst es aus, den Erklärenden bezüglich der Geltendmachung von Willensmängeln, die seiner Erklärung anhaften, einem Vertragskontrahenten gleichzustellen. So kann hier namentlich Art. 28 O. R., der eine Bestreitung der Rechtswirksamkeit der Erklärung während Jahresfrist von der Entdeckung bzw. Beseitigung des Willensmangels an zulässt, auf das Meistgebot nach seinem betreibungsrechtlichen Zwecke nicht zutreffen. Vielmehr sind auch solche Willensmängel wie diejenigen der behördlichen Zuschlagserklärung im Verfahren selbst als Gründe für Anfechtung des Zuschlages zu rügen<sup>68)</sup> und bleibt für eine selbständige civilrechtliche Anfechtungserklärung bzw. eine Klage im Sinne des Art. 28 gegen irgend einen Beteiligten kein Raum<sup>69)</sup>. Der Umstand ferner,

<sup>67)</sup> Soweit sich von einer Angemessenheit der Zuschlagsverfügung im Sinne von Art. 17 B. G. überhaupt sprechen lässt.

<sup>68)</sup> Eine selbständige Bestreitung lediglich der Gültigkeit der Meistgebotserklärung für sich allein wird regelmässig nicht möglich sein, da ihr die Zuschlagserklärung sofort nachfolgt. Vgl. oben p. 296 und Note 62.

<sup>69)</sup> In entsprechendem Sinne beantworten die Frage für das deutsche Recht (Zwangsversteigerungsgesetz): Kohler, in der Neuausgabe der Holtzendorffschen Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd II, p. 175 unten mit Berufung auf Seufferts Archiv 56, Nr. 91. Lindemann, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, Bd XXXVII p. 97 ff. unter Berufung auf zwei Entscheide; Schneider, in der Zeitschrift für

dass das Meistgebot vor einer Behörde in einem behördlichen Verfahren abgegeben wird, bringt es mit sich, dass solche Mängel hier nicht so häufig unterlaufen können und dass es mit dem Beweis ihrer Existenz strenger genommen werden muss, als beim Vertragsschluss. Was das Materielle betrifft, d. h. die Frage, ob man es im einzelnen Falle mit einem die Gültigkeit der Meistgebotserklärung ausschliessenden Willensmangel zu tun habe, so müssen unseres Erachtens hier im allgemeinen die Bestimmungen des Art. 18 ff. analog zur Anwendung kommen, indem die Eingehung einer civilrechtlichen Verpflichtung durch Vertrag sich der Auferlegung einer solchen durch behördlichen Akt, der gestützt auf die Einwilligung des zu Verpflichtenden erlassen wird, gleichstellen lässt. Immerhin mögen auch diesbezüglich bestimmte Ausnahmen von prozessualischen Erwägungen aus sich rechtfertigen.

d) Die Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs erfolgt vermittelt Beschwerdeführung und der Anspruch gelangt durch den bezüglich rechtskräftigen Beschwerdeentscheid, der ihn gutheisst und die Aufhebung der Zuschlagsverfügung ausspricht, zur Erfüllung. Die Wirkung dieser Aufhebung besteht darin, dass die durch und gestützt auf die Zuschlagsverfügung begründeten Rechtsbeziehungen ex tunc aufgehoben werden, (bestimmte Drittrechte vorbehalten, unten p. 320/21). Hat das Betreibungsamt in Vollziehung der Zuschlagsverfügung das Steigerungsobjekt dem Ersteigerer bereits übertragen<sup>70)</sup>, so erzeugt die Aufhebung der Zuschlagsverfügung einen civilrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung (Art. 71 in fine O. R.), der (sowohl bei der Mobiliar- als bei der Liegenschaftssteigerung) vom Amte<sup>71)</sup> im Verfahren selbst zur Voll-

---

deutschen Civilprozess Bd XXXI, p. 287 ff. unter Berufung auf einen Entscheid des Oberlandesgerichtes zu Stettin.

<sup>70)</sup> Es können noch anderweitige, tatsächliche oder rechtliche Veränderungen mit dem Steigerungsobjekte vor sich gegangen sein (vgl. unten p. 316 ff.). Von einer Erörterung dieser Fälle sehen wir ab.

<sup>71)</sup> Erlischt die Betreibung nach Aufhebung des Zuschlages, so kann der (noch nicht erfüllte) Anspruch auf Rückübertragung durch den bisherigen Eigentümer persönlich zur Geltung gebracht werden.

streckung gebracht wird (vergl. Note 96 und p. 318/19). In entsprechender Weise entsteht für den Ersteigerer ein Anspruch auf Rückgabe des (ganz oder teilweise) bezahlten Barerlöses und Entlastung von übernommenen Verpflichtungen.

## *II. Die (unmittelbar oder mittelbar) aus der Zuschlagsverfügung entspringenden Rechtsbeziehungen.*

Die Zuschlagsverfügung begründet zwischen dem Beteiligten einen Komplex von Rechtsbeziehungen. Diese gelangen mit dem Vollzuge der Zuschlagsverfügung zur Abwicklung, die betreffenden Ansprüche der Berechtigten gegenüber den Verpflichteten zur Erfüllung. Dem ordentlichen und vollständigen Vollzug können nachträglich sich ereignende rechtsändernde Tatsachen entgegenreten, ihn ausschliessen (z. B. Erlöschen der Betreibung) oder eine andere Richtung geben (z. B. Anordnung einer Ersatzsteigerung infolge Verzuges des Ersteigerers).

Den Kern der durch den Zuschlag geschaffenen Rechtsbeziehungen, um welchen sich die übrigen gruppieren, bildet das civilrechtliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zwischen dem Eigentümer des Steigerungsobjektes und dem Ersteigerer. Eine systematische Uebersicht derselben lässt sich unseres Erachtens am besten dadurch gewinnen, dass man sie vom Standpunkte des Ersteigerers aus betrachtet, der bei den meisten von ihnen irgendwie als berechtigt oder verpflichtet erscheint.

### **A. Die Verpflichtungen des Ersteigerers.**

1. Die Verpflichtungen zur Bezahlung des Barerlöses und zur Uebernahme von Lasten. Nebenverpflichtungen.

a) Gegen den Ersteigerer entsteht durch den Zuschlag vor allem ein Anspruch auf Bezahlung des Barerlöses. Wir bestimmen diesen Anspruch näher als eine zu Gunsten des Eigentümers des Steigerungsobjektes (Schuldner oder Dritteigentümer) als Gläubiger begründete, zu Gunsten des betrei-

benden Gläubigers und Pfandgläubigers<sup>72)</sup> dem exekutionsrechtlichen Beschlage unterliegende, amtlich festgestellte civilrechtliche Forderung.

Die Verpflichtung zur Bezahlung des Erlöses ist nicht ausschliesslich betreibungsprozessualischer Natur, sondern es liegt ihr, wenn sie auch im Betreibungsverfahren und gegenüber dem Betreibungsamte zu erfüllen ist, ein civilrechtliches Verhältnis zu einem privaten Forderungsgläubiger zu Grunde. Das ergibt sich daraus, dass sie, falls das Betreibungsverfahren vor ihrer Erfüllung erlischt, nicht untergeht, sondern der Ersteigerer aus dem Zuschlage gebunden bleibt (s. unten vor b, und p. 316, oben), wie dem entsprechend auch die für ihn begründeten Rechte fort dauern (s. unten p. 324).

Der Inhalt der Forderung auf Bezahlung der in Bar abzutragenden Quote des Erlöses (bezüglich Höhe der Summe, Zinspflicht, Zahlungstermine etc.) bestimmt sich in erster Linie durch die Steigerungsbedingungen und die Meistgebotserklärung, subsidiär durch die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften, namentlich auch die analog anwendbaren über den Kaufvertrag (oben, p. 293, vor b).

Dass Gläubiger der Forderung auf den Erlös nur der Eigentümer des Steigerungsobjekts (betriebener Schuldner oder Dritter) sein kann, glauben wir oben (p. 96, Ziff. 4) bereits dargetan zu haben.

Wie daselbst ebenfalls schon angedeutet wurde, wird die begründete Forderung in gleicher Weise zu Gunsten des betreibenden Gläubigers und eventuell Pfandgläubigers<sup>72)</sup> exekutionsrechtlich verhaftet, wie es bisher das Steigerungsobjekt war. Bei der Pfändungsbetreibung tritt sie also in den Pfändungsbeschlage<sup>73)</sup>, bei der Pfandverwertungsbetreibung

---

<sup>72)</sup> Und überhaupt desjenigen, der für seinen Anspruch Befriedigung aus dem Steigerungsobjekte im hängigen Verfahren verlangen kann.

<sup>73)</sup> Nämlich zu Gunsten des Pfändungsgläubigers. — Der Gläubiger, welcher am Pfändungsobjekte ein (im Verfahren festgestelltes, unten p. 328) Pfandrecht geltend macht, befindet sich bezüglich der Forderung auf den Erlös exekutionsrechtlich in einer Stellung, die dem auf Pfandverwertung Betreibenden (oben im Text) analog ist.

in die exekutionsrechtliche Pfandverhaftung ein, und der Forderungsberechtigte muss sich deren Geltendmachung durch das Amt in Durchführung des Verfahrens gefallen lassen. Die Fähigkeit des Zuschlages, diese betreibungsrechtlichen Wirkungen zu entfalten, ergibt sich von selbst aus seiner Natur einer betreibungsamtlichen Verfügung. Als solche verlangt sie im vorwürfigen Punkte namentlich auch vom Ersteigerer Anerkennung, insofern derselbe während des hängigen Betreibungsverfahrens die übernommene Schuld nur gegenüber dem Amte rechtsgültig abzahlen kann (Art. 99 B. G.). Der von ihm einbezahlte Betrag untersteht in entsprechender Weise — als Eigentum des Betriebenen bzw. bisherigen Dritteigentümers der Steigerungssache — wiederum dem exekutionsrechtlichen Beschlage, bis er im Verteilungsverfahren ins Eigentum des Betreibenden und eventuell Pfandgläubigers übergeführt wird.

Die Forderung wird als eine amtlich festgestellte begründet. Wieso dies der Fall sein muss, ist oben (p. 288 Zif. 2) zu zeigen versucht worden, während die betreibungsprozessualische Bedeutung dieses Umstandes, wie überhaupt die Stellung des Ersteigerers als betreibungsrechtlich Verpflichteten unten (p. 309/10) erörtert werden soll.

Erlischt die Betreibung, bevor der Ersteigerer die Forderung dem Amte gegenüber getilgt hat (und vor einer rückgängigmachung des Zuschlages) und entfällt damit der auf ihr lastende betreibungsrechtliche Beschlage, so kann sie der Schuldner bzw. Dritteigentümer persönlich nach Massgabe des oben p. 290 ff. Gesagten geltend machen<sup>74)</sup>.

**b)** Neben der Verpflichtung zur Bezahlung des Barerlöses kann (nach Massgabe des kantonalen Rechts, Art. 135 B. G.)

---

<sup>74)</sup> Die Frage, ob und in welcher Weise er bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Erlöses das durch den Zuschlag begründete civilrechtliche Verhältnis zum Ersteigerer unter Haftbarmachung des letztern wieder rückgängig machen kann, beurteilt sich nach den ordentlichen Grundsätzen über Vertragsauflösung wegen Verzuges. Das in den Art. 129 und 143 geordnete Verfahren gilt nur für das Vorgehen gegen den Ersteigerer in der Betreibung selbst.

bei der Zwangsvollstreckung in Liegenschaften dem Ersteigerer als Anrechnung an den geschuldeten Gesamterlös die Verpflichtung auferlegt werden zur Uebernahme von Lasten (Hypotheken, Gülten etc.), welche bisher das Steigerungsobjekt beschwert hatten, und daneben von Forderungen, zu deren Sicherung das Objekt mit der betreffenden Last beschwert worden war. Auch diese Verpflichtungen werden, soweit die Zuschlagsverfügung auf die sie vorsehenden Steigerungsbedingungen sich gründet, mit rechtsfestsetzender Wirkung auferlegt<sup>75</sup>). Durch die Zuschlagserklärung stellt das Amt dem Ersteigerer gegenüber fest, dass die Last (welche das Lastenbereinigungsverfahren des Art. 140 passiert hat und in die Steigerungsbedingungen transkribiert worden ist) bestehe und dass deshalb das Objekt mit ihr beschwert den Eigentümer ändern werde; ebenso stellt es fest, dass die (in gleichem Sinne in die Steigerungsbedingungen aufgenommene) Forderung bestehe und verfügt, dass der Ersteigerer als Schuldner in das bestehende Forderungsverhältnis einzutreten habe. In beiden Beziehungen kann sich der Berechtigte, bei späterer Geltendmachung des Rechts gegenüber dem Ersteigerer, auf den rechtsfestsetzenden Charakter der Zuschlagsverfügung berufen<sup>76</sup>).

Das Gesagte gilt in entsprechender Weise auch für diejenigen durch die Steigerungsbedingungen vorgesehenen Lasten (namentlich die Dienstbarkeiten<sup>77</sup>), welche nicht in Anrechnung auf den Gesamterlös überbunden werden (wenn sie auch die Höhe des erfolgten Meistgebotes haben beeinflussen können).

Die Zuschlagsverfügung wirkt gegenüber dem Ersteigerer dann nicht rechtsfestsetzend, wenn es sich um Rechte handelt,

---

<sup>75</sup>) Das Gegenstück zu dieser rechtsfestsetzenden ist die unten p. 326 zu erörternde rechtstilgende Wirkung des Zuschlages.

<sup>76</sup>) Allerdings wird der Inhalt einer überbundenen Last oder Forderung häufig nicht im einzelnen aus den Steigerungsbedingungen und dem Zuschlagsprotokoll zu entnehmen sein, und insoweit entscheidet dann der Richter materiell frei, wie bei einer durch privatrechtliches Geschäft übernommenen Verpflichtung. Formell nimmt er eine Interpretation des behördlichen Zuschlagsaktes vor.

<sup>77</sup>) Weitere Fälle: Miet- und Pachtrechte mit dinglicher Wirkung, Sicherheitshypotheken etc.

die nicht im Verfahren zur Geltung zu bringen sind. Das ist der Fall bei den Dienstbarkeiten, soweit die kantonale Gesetzgebung den Berechtigten gemäss Art. 138 Schlusssatz von einer Anmeldung und damit von der Notwendigkeit einer Wahrung seines Rechts im Verfahren entbindet<sup>78)</sup>. Die Frage des Bestandes und des Inhaltes solcher Rechte bleibt durch die Zuschlagsverfügung, da sie nicht in den gesetzlichen Wirkungsbereich derselben einbezogen werden, unberührt, so dass bei einem spätern Prozess zwischen Rechtsansprecher und Ersteigerer der Richter frei zu entscheiden haben wird.

c) Als vom Ersteigerer zu übernehmende Nebenverpflichtungen lassen sich namentlich ansehen:

aa) Die Belastung der Steigerungsliegenschaft (bei Gewährung eines Zahlungstermines) mit dem Pfandrecht des Art. 137 Abs. 1 „für die Kaufsumme samt Zins.“ Es ist dies ein civiles Pfandrecht, durch das die Forderung des Betriebenen bzw. Dritteigentümers auf den Barerlös gesichert wird. Bei demselben kommt aber die wesentlichste Funktion des Pfandrechts, durch Versilberung der Pfandsache zur Befriedigung der gesicherten Forderung zu führen, nur zur Geltung, wenn nach seiner Konstituierung (die mit der Eigentumsübertragung der Steigerungsliegenschaft an den Ersteigerer nach Art. 136 Abs. 2 erfolgt) die Betreibung erlischt und der Schuldner bzw. Dritteigentümer nunmehr direkt gegen den Ersteigerer auf Bezahlung des Barerlöses vorgeht<sup>79)</sup>. Gelangt dagegen das Betreibungsverfahren zur weitem Durchführung, so geht das fragliche Pfandrecht, ohne dass es zur Ausübung desselben käme, wieder unter, entweder dadurch, dass der Ersteigerer den Barerlös dem Amte rechtzeitig einzahlt, oder dadurch, dass das Amt wegen Verzuges des Ersteigerers die Rückgängigmachung des Zuschlages verfügt und vollzieht. Eine

---

<sup>78)</sup> Ob in diesen Fällen der Ansprecher einer Dienstbarkeit befugt sei, über sein behauptetes Recht nach erfolgter Anmeldung im Verfahren eine Feststellung zu erwirken, mit der gleichen Bedeutung wie bei den anmeldungspflichtigen Rechten, kann hier als Frage sekundärer Natur unerörtert bleiben.

<sup>79)</sup> Oben p. 304, vor b.

praktische Bedeutung hat das Pfandrecht des Art. 137 auch insofern nicht nur für den Schuldner bzw. Dritteigentümer, sondern auch für die im Verfahren interessierten Gläubiger, als es der „Kaufsumme sammt Zins“ in einem allfälligen Konkurse des Ersteigerers<sup>80)</sup> und gegenüber einer allfälligen Pfändung der Liegenschaft beim Ersteigerer Pfandprivileg sichert. Endlich vermag es die Beteiligten gegen nachteilige Rechtsfolgen einer Weiterveräußerung oder Belastung der Liegenschaft durch den Ersteigerer zu schützen (vergl. unten p. 321).

*bb)* Die Verpflichtung des Ersteigerers zur Leistung anderweitiger Sicherheit (als der Pfandhaftung des Art. 137 Abs. 1), namentlich durch Hinterlage und Stellung von Bürgen. Diese Verpflichtung kann dem Ersteigerer sowohl bei der Immobilier- als bei der Mobiliarverwertung auferlegt werden (Art. 137 Abs. 2 und Art. 129 Abs. 4). Es handelt sich um einen civilrechtlichen, obligatorischen Anspruch des Schuldners, bzw. Dritteigentümers gegen den Ersteigerer auf Sicherstellung des Barerlöses. In der Betreibung selbst vom Amte geltend gemacht, kann dieser Anspruch, gestützt auf seine amtliche Feststellung, ohne weiteres, d. h. ohne dass es der Einleitung einer Betreibung auf Sicherheitsleistung bedürfte, zur Befriedigung gebracht werden, indem das Amt in analoger Anwendung der Vorschriften über das Pfändungsverfahren die erforderlichen Wertobjekte des Ersteigerers an Hand nimmt und sie als Hinterlage behält bzw. der Depositenanstalt übergibt (Art. 9), indem es auf einer Liegenschaft des Ersteigerers eine Sicherheitshypothek eintragen lässt etc. Bezahlt der Ersteigerer rechtzeitig den Barerlös, so wird ihm die geleistete Sicherheit herausgegeben (soweit die Zahlung nicht aus ihr erfolgt). Lässt er es zur Rückgängigmachung des Zuschlages wegen Verzuges kommen, so haftet sie weiter für die Ausfallsforderung des Art. 129 Abs. 4 und 143 Abs. 2<sup>81)</sup>.

---

<sup>80)</sup> Jäger, Art. 137, Note 4 a. E.

<sup>81)</sup> In der Praxis scheint man meistens so zu verfahren, dass, wenn der Ersteigerer die Sicherheit nicht sogleich leistet, der Zuschlag im Sinne einer Entlassung des Ersteigerers aus seinem Meistgebote aufgehoben und die Steigerung fortgesetzt wird.

*cc)* Auch Verpflichtungen obligatorischer Natur (ohne gleichzeitige Verhaftung des Steigerungsobjektes) kann die Zuschlagsverfügung dem Ersteigerer auferlegen. Das ist namentlich bei der Versteigerung einer vermieteten oder verpachteten Liegenschaft der Fall. An die Zuschlagsverfügung knüpft sich hier die vom Gesetze vorgesehene, ohne Einwilligung des Mieters bzw. Pächters nicht zu vermeidende Rechtsfolge, dass der Ersteigerer diesem gegenüber gebunden wird, den Gebrauch der Liegenschaft trotz seines Eigentumsrechtes an ihr bis zum Ablauf der in Art. 281 bzw. 314 O. R. bezeichneten Kündigungsfristen zu gestatten. Eine obligatorische Bindung des Ersteigerers kann aber auch vermittelt besonderer, in die Steigerungsbedingungen aufzunehmender Bestimmungen erfolgen, denen sich der Ersteigerer durch das Meistgebot unterwirft; so bei Ueberbindung von Pacht- und Mietverträgen für eine über die gesetzlichen Minimalfristen hinausgehende Zeitdauer.

*dd)* Dem Ersteigerer können endlich bei der Liegenschaftsversteigerung (Art. 135 Abs. 2) die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise zur Bezahlung (neben der des Barerlöses) überbunden werden. Damit wird ihm gegenüber den sonst Kostenpflichtigen (primär der Schuldner, eventuell der betreibende Gläubiger, Art. 68 B. G.) und den Kostenersatzberechtigten (Staat bzw. Betreibungsbeamter für die Betreibungsgebühren, Staat und eventuell betreibender Gläubiger für Auslagen, Staat für Handänderungssteuer etc.) die Verpflichtung auferlegt wird, als Schuldner der betreffenden Kostenforderung (Gebühr, Auslage etc.) einzustehen<sup>82)</sup>. Die Zahlungen, die der Ersteigerer in diesem Falle dem Amte leistet, sind in erster Linie als an seine Kostenschuld geleistet anzusehen (cf. Art. 68 Abs. 2; ferner Art. 99 O. R.). Sind dem Ersteigerer keine Kosten zur Bezahlung neben der des Barerlöses

---

<sup>82)</sup> Doch muss der Ersteigerer wohl für die bezahlten Kostenbeträge den Rückgriff gegen den Betriebenen, als den sie von Gesetzeswegen in erster Linie Schuldenden (Art. 68), haben, da sonst die Ueberbindung der Kosten auf den Ersteigerer einem ausnahmsweisen Nachlass der Kostenersatzpflicht des Betriebenen gleichkäme.

aufgelegt worden, so ist die Frage, wie die Kostenansprüche aus dem von ihm einbezahlten Barerlöse zu befriedigen seien, eine ihn nicht berührende Verteilungsfrage (Art. 144 Abs. 3 B. G.).

2. Die Haftung des säumigen Ersteigerers „für den Ausfall und allen weiteren Schaden“ (Art. 129 Abs. 4 und Art. 143 Abs. 2).

Fasst man mit der Kaufvertragstheorie die Forderung auf Bezahlung des Barerlöses als ein aus civilrechtlichem Vertrag entstandenes Forderungsrecht auf, so kommt man, wie schon ausgeführt (oben S. 106/7) dazu, bei Unterlassung des Ersteigerers, seine Verpflichtung als Schuldner zu erfüllen, eine Unterbrechung des eigentlichen Betreibungsverfahrens durch ein civilprozessualisches Zwischenverfahren eintreten zu lassen. Der Verkäufer muss seine Forderung zunächst gerichtlich feststellen lassen, soll nicht für das weitere Verfahren der Betreibungsbehörden in der Sache die Gefahr bestehen, dass es auf einer Ansicht dieser Behörden über die Verpflichtungen des „Käufers“ beruht, die durch den spätern Gerichtsentscheid eine autoritative Widerlegung erfährt, und dass es deshalb entweder rechtsungültig ist oder sich als ein bestandene Rechte vernichtender amtlicher Missgriff darstellt.

Anders, wenn man mit uns die Forderung auf den Erlös durch den in der Zuschlagsverfügung liegenden behördlichen Akt nicht nur als entstanden, sondern auch als gleichzeitig prozessualisch festgestellt ansieht. Damit ist eine sichere Grundlage gegeben, von der aus sich das Betreibungsverfahren ohne Unterbruch weiter führen lässt. Diese Weiterführung besteht nach unserem Gesetze<sup>83)</sup> nicht darin, dass die festgestellte Forderung nun gegenüber dem Ersteigerer zur Vollstreckung gebracht würde. Die Forderung wird beim

---

<sup>83)</sup> Ebenso die französische Gesetzgebung (code de procedure civile, Art. 624 und 733), und die deutsche bezüglich der Mobilienverwertung (§ 817, Abs. 3 C. P. O.). Anders das deutsche Recht für die Immobilienversteigerung (Zwangsversteigerungsgesetz §§ 118, 132).

Ausbleiben der Zahlung vom Amte nicht eingetrieben, sondern wieder aufgehoben und durch die Schadensersatzansprüche accessorischer Natur des Art. 129 bzw. 143 ersetzt. Darüber ist des nähern zu bemerken:

Dass die Forderung gegen den Ersteigerer mit der Rechtskraft der Zuschlagsverfügung als endgültig festgestellt gilt, ermöglicht zunächst dem Amte, in der Folge ebenfalls auf behördliche Weise darüber zu befinden, ob der Ersteigerer es im Sinne des Art. 129 bzw. 143 an der rechtzeitigen Zahlung habe fehlen lassen. Sobald es so den Zahlungsverzug konstatiert<sup>84)</sup>, hat es die Rückgängigmachung des Zuschlages zu verfügen. Diese Verfügung unterliegt natürlich, wie die Zuschlagsverfügung, der Anfechtung auf dem Beschwerdewege, wobei der Anfechtende die Richtigkeit der ihr zu Grunde liegenden Feststellung, dass Zahlungsverzug (nach Massgabe der Steigerungsbedingungen) vorliege, bestreiten kann. Die Wirkung der Verfügung auf Rückgängigmachung des Zuschlages besteht darin, dass die Rechtsbeziehungen, welche durch und gestützt auf ihn begründet wurden, ex tunc wieder aufgehoben werden (soweit nicht inzwischen entstandene Drittrechte dem entgegenstehen, unten p. 320/21). Insbesondere verliert also der Ersteigerer seinen Anspruch auf Uebertragung des Steigerungsobjektes (womit dieses für eine neue Verwertung disponibel wird) und erlischt anderseits die Forderung gegen ihn auf den Barerlös mitsamt seinen übrigen Verpflichtungen (oben p. 302, A, 1). Die bisherige Gebundenheit des Ersteigerers findet aber einen Ersatz darin, dass, als fernere Rechtsfolge der fraglichen Verfügung, ihm gegenüber von neuem, und diesmal ohne ein entsprechendes Aequivalent zu seinen Gunsten, Forderungsrechte entstehen, laut welchen er „für den Ausfall und allen weitem Schaden haftet,“ der aus seinem

---

<sup>84)</sup> In dieser Konstatierung für sich allein liegt noch keine amtliche Verfügung gegenüber dem Ersteigerer. Sie ist ein interner Akt des Betreibungsverfahrens, wie etwa die Entschliessung der Konkursverwaltung nach Art. 245 darüber, eine angemeldete Forderung nicht als kollozierbar zu behandeln (vgl. E. B. XXIX<sup>1</sup> Nr. 120, p. 555). Erst gestützt auf diesen Akt erfolgt die Verfügung.

Verzuge und der dadurch bedingten Rückgängigmachung des Zuschlags resultiert. Diese Forderungsrechte werden vom Amte durch behördlichen Akt geschaffen, gestützt auf die Säumigkeit des Ersteigerers als hiefür erforderliche Voraussetzung, ähnlich wie eine von einem Vertrage zurücktretende Privatpartei durch ihre privatrechtliche Willenserklärung eine Schadensersatzforderung wegen mangelnder Vertragserfüllung zur Entstehung bringt (Art. 124 O. R.)<sup>85</sup>). Dabei wirkt allerdings auch hier der behördliche Akt nicht nur konstitutiv, sondern auch rechtsfestsetzend und ist, entgegen vertragsrechtlichem Grundsatz (Art. 110 O. R.) die Schadensersatzpflicht nicht, oder doch nicht ihrem ganzen Umfange nach von einem Verschulden des Ersteigerers abhängig<sup>86</sup>). Gläubiger der Ausfallsforderung wird der betriebene Schuldner bzw. Dritteigentümer als derjenige, der durch den allfälligen später eintretenden Ausfall in seinem Vermögen benachteiligt ist; denn er war Gläubiger der untergehenden Forderung gegen den bisherigen Ersteigerer auf den bisherigen Erlös und wird statt dessen (bei einem Ausfalle) nunmehr Gläubiger einer Forderung auf einen Erlös geringern Betrages gegenüber dem neuen Ersteigerer. Im Verhältnis zu der neuen Forderung bildet die Ausfallsforderung ein ergänzendes Accessorium, welches jener vorgängig zur Entstehung gelangt, nämlich bereits mit der Rückgängigmachung des ersten Zuschlages und nicht erst mit dem Zuschlag in der Ersatzsteigerung<sup>87</sup>). Andererseits war die frühere Forderung auf den Erlös den beteiligten Gläubigern betreibungsrechtlich verhaftet und muss deshalb auch die Ausfallsforderung als Ersatz in eine solche Verhaftung eintreten<sup>88</sup>), in welche dann später

---

<sup>85</sup>) Die herrschende Meinung fasst die Rückgängigmachung des Zuschlages als Rücktritt von einem Kaufvertrage auf (Archiv V Nr. 26).

<sup>86</sup>) J ä g e r, Art. 129, Note 9. — Unsere Ansicht über den Rechtsgrund dieser strengern Haftung s. oben Note 50.

<sup>87</sup>) Wie etwa die Haftbarkeit des Bürgen bereits mit der Eingehung der Amtsbürgschaft, nicht erst mit der spätern schädigenden Handlung des Beamten (als Hauptschuldner) entsteht, das Forderungsrecht gegen den Unternehmer mit dem Eintritt des Unfalles, auch wenn eine Schädigung der Erwerbsfähigkeit des Verunglückten noch ungewiss ist.

<sup>88</sup>) Vgl. E. Bd XXVIII<sup>II</sup>, Nr. 69, p. 587 unten.

auch die Forderung gegen den neuen Ersteigerer als Hauptanspruch neben die Ausfallsforderung (soweit sich ein Ausfall wirklich ergeben wird) als Nebenanspruch wird einzutreten haben. Die Haftung für „allen weitem Schaden“ besteht in erster Linie ebenfalls gegenüber dem betriebenen Schuldner bzw. Dritteigentümer als früherem Gläubiger der Forderung auf den Erlös, sofern aus dieser seiner Eigenschaft eine Schadensersatzpflicht neben der Haftung für den Ausfall sich ergibt, was namentlich bezüglich des Zinsverlustes wegen nicht rechtzeitiger Zahlung des Erlöses der Fall ist. Daneben kann eine Haftung für „weitem Schaden“ gegenüber andern Beteiligten gegeben sein. So wird der säumige Ersteigerer dem betriebenen Schuldner als solchem haftbar wegen der mit der Ersatzsteigerung für ihn (Art. 68) entstehenden Mehrkosten des Verfahrens, also auch, wenn Gläubiger der Ausfallsforderung der Dritteigentümer ist. So übt möglicherweise die Säumigkeit des Ersteigerers direkt eine vermögensschädigende Wirkung auch gegenüber dem betreibenden Gläubiger aus.<sup>89)</sup>

Näher zu betrachten ist nunmehr noch, wie die in der Person des bisherigen Eigentümers des Steigerungsobjektes<sup>90)</sup> begründete Forderung für den Ausfall und allen weiteren Schaden zur Geltung gebracht wird. Hierbei fällt vorerst in Betracht, dass der Leistungsinhalt dieser Forderung (inklusive Accessorien) bei ihrer Begründung durch die Verfügung auf Rückgängigmachung des Zuschlages noch ein ungewisser ist: Ob überhaupt und eventuell in welchem Umfange der säumige Ersteigerer wirklich einen Schaden verursacht hat, hängt von spätem Umständen ab, vor allem vom Ausgang der Ersatzsteigerung<sup>91)</sup>. Danach bringt das Amt die Forderung

<sup>89)</sup> So z. B. wenn der betriebene Schuldner nach Rückgängigmachung des Zuschlages in Konkurs fällt und nunmehr das Steigerungsobjekt zu Gunsten der Massegläubiger und nicht nur des bisherigen Pfändungsgläubigers zur Verwertung gelangt (Art. 199 und 206 B. G.).

<sup>90)</sup> Auf die Geltendmachung der andern Personen erwachsenden Ersatzansprüche wegen „weitem Schadens“ wird, weil diese Punkte von geringerer Bedeutung sind, nicht eingetreten.

<sup>91)</sup> Nicht ausschliesslich. Andere relevante Umstände können, neben oder an Stelle des genannten, sein: Ganzer oder teilweiser Untergang des

durch die genannte Verfügung allerdings zur Entstehung, kann aber nichts darüber bestimmen, ob und in welchem Umfange daraus ein Anspruch auf Leistung erwachsen werde. Die Frage der Haftbarkeit des säumigen Ersteigerers lässt sich jetzt noch bloss grundsätzlich beantworten, dahin, dass der Ersteigerer wegen seiner Säumigkeit verpflichtet sei, den Schaden, sofern und in dem Masse als ein solcher sich durch die nachherige Gestaltung der Verhältnisse herausstellen werde, zu ersetzen. In diesem Sinne, dem der Bejahung der Ersatzpflicht in subjektiver Hinsicht, kommt der die Forderung gegen den säumigen Ersteigerer begründenden Verfügung rechtsfeststellender Charakter zu. Auch insoweit scheint uns der hier vertretene theoretische Standpunkt zum praktisch brauchbarsten Resultate zu führen: Schuldner bzw. Dritteigentümer haben ein erhebliches und berechtigtes Interesse daran, dass das Betreibungsverfahren selbst (die Verfügung auf Rückgängigmachung des Zuschlages, eventuell ein in Betreff derselben ergehender Beschwerdeentscheid) über die grundsätzliche Schadensersatzpflicht des säumigen Ersteigerers sofort Gewissheit verschaffe, d. h. sobald (mit der Rechtskraft der genannten Verfügung) anderseits feststeht, dass das Verfahren auf dem Wege der Ersatzsteigerung weiterzuführen ist. Denn sonst hätten sie zu gewärtigen, dass das Amt mit der Rückgängigmachung des Zuschlages zu ihrem Nachteil die Forderung auf den Erlöspreisgäbe und dann nachher der Richter wegen „ungerechtfertigten Vertragsrücktrittes“ die Pflicht des Ersteigerers zur Ersetzung des Schadens verneinen würde. Im übrigen hat ja auch der Ersteigerer alle Gelegenheit, seine Interessen durch Beschwerde gegen die den Zuschlag rückgängig machende Verfügung zu wahren.

Anders verhält es sich unseres Erachtens mit der Frage, wie nachher, nach Eintritt der für Bestand und Umfang des Schadens relevanten Tatsachen die behördliche Fest-

---

Steigerungsobjektes vor der Ersatzsteigerung (unten p. 317, b); Verzug des spätern Ersteigerers; Konkurseröffnung über den Betrieben; Expropriation des Steigerungsobjektes etc.

stellung dieses Schadens nach seinem ziffermässigen Betrage zu erfolgen habe. Zwar liesse sich die Ansicht vertreten, dass das Betreibungsamt ebenfalls die mit dieser Feststellung betraute Amtsstelle sei. Dasselbe würde nach Eintritt der erwähnten Tatsachen eine Verfügung treffen, kraft welcher es entscheidet, ob ein Schaden (Ausfall und weiterer Schaden) entstanden sei, und eventuell den Schadensbetrag fixiert. Sache des Ersteigerers wie der andern an dieser Feststellung rechtlich interessierten Beteiligten wäre es dann, sie auf dem Beschwerdewege anzufechten, falls sie damit nicht einig gehen. Dass speziell der Ersteigerer eine derartige definitive Erledigung der Schadensersatzfrage im Betreibungsverfahren sich gefallen lassen müsste, würde sich von der Erwägung aus rechtfertigen, dass er mit dem Zuschlag als Beteiligter in das Verfahren eingetreten ist und deshalb wie in andern Beziehungen, so auch hier die rechtsfeststellende Wirkung der ihn betreffenden amtlichen Akte anzuerkennen hat.

Will nun wirklich das Gesetz eine derartige den Schaden evaluierende Verfügung ergangen wissen oder nicht? Der Gesetzestext lässt es an jedem Anhaltspunkte dafür fehlen, wie er überhaupt über das Verfahren, in welchem die Liquidation der Schadensersatzforderung zu erfolgen hat, sich ausschweigt. Dieses Stillschweigen muss unseres Erachtens dahin gedeutet werden, dass die genannte Forderung, nach ihrer behördlichen Begründung und grundsätzlichen Feststellung durch die Verfügung auf Rückgängigmachung des Zuschlages, analog zu behandeln sei einem sonstigen obligatorischen Nebenanspruch, welcher dem Pfändungs-, bzw. dem Pfandverwertungsobjekt im Laufe des Verfahrens zuwächst (z. B. einer Mietzinsforderung). Gegenüber der Erhebung eines solchen Anspruches vermag der Drittschuldner jede Leistung zu verweigern, mit der Wirkung, dass ihm das Amt mit seiner behördlichen Macht nicht beikommen kann. Auch nicht der betreibende Gläubiger und noch weniger der betriebene Schuldner braucht es sich gefallen zu lassen, dass das Amt den Anspruch (wenn er grundsätzlich feststeht) quantitativ

fixiert. Vielmehr kann eine solche Bestimmung nur durch den zuständigen Richter erfolgen, nachdem die Forderung gemäss Art. 125/31 verwertet worden ist. Hieraus ergibt sich für unsern Fall: Das Amt darf allerdings — (und im Interesse einer raschen und sachgemässen Erledigung der Betreibung mag ihm dies geradezu obliegen) — den Betrag der Schadensersatzforderung ziffermässig ermitteln und bei Einverständnis aller andern diesbezüglich rechtlich interessierten Beteiligten dem säumigen Ersteigerer eröffnen, dass der ermittelte Betrag der von ihm verlangte sei. In dieser Erklärung liegt aber keine Verfügung, sondern eine in der Stellung eines Vertreters jener andern Beteiligten (Art. 38 O. R.) abgegebene privatrechtliche Willenserklärung ohne amtliche Autorität. Werden nicht alle jene Beteiligten einig über die Höhe des geschuldeten Schadensbetrages, oder geht doch die Zahlung des vereinbarten Betrages vom Ersteigerer nicht ein, so ist die Schadensersatzforderung, ohne dass eine vorherige prozessualische Feststellung des genannten Betrages vorläge, zu verwerten, und Sache des Erwerbers der Forderung wird es dann sein, jene Feststellung gegenüber dem säumigen Ersteigerer vor dem zuständigen Richter zu betreiben. Der letztere muss dabei die (rechtskräftig gewordene) Verfügung auf Rückgängigmachung des Zuschlages, als eine von einer andern Behörde innerhalb ihrer Kompetenz ergangene Amtshandlung, mit der ihr zukommenden Wirkung (grundsätzliche Feststellung der Schuldpflicht) anerkennen, wie auch die Gültigkeit des (betreibungsprozessualischen) Erwerbsaktes (Steigerung, Verkauf aus freier Hand, Einweisung an Zahlungsstatt), auf die sich der nunmehrige Gläubiger der Forderung für seine Eigenschaft als Forderungsgläubiger beruft. Soweit dagegen die behördlichen Akte, welche zur Begründung und Uebertragung des Forderungsrechts führten, keine Schranke bilden, hat der Richter über den derzeitigen Bestand und Umfang desselben frei zu erkennen. Entsprechendes gilt, wenn der Verwertungsmodus des Art. 131 Abs. 2 eingeschlagen, d. h. die Forderung durch Eintreibung im Verfahren selbst kraft Inkassomandates geltend gemacht wird.

Erlischt die Betreibung nach Rückgängigmachung des Zuschlages, so kann der betriebene Schuldner bzw. bisherige Dritteigentümer seine Schadensersatzforderung nach Art. 129 bzw. 143 auf dem Civilprozesswege gegenüber dem Ersteigerer geltend machen<sup>92)</sup>.

### 3. Anderweitige Verpflichtungen des Ersteigerers.

Nach dem Zuschlage können mit dem Steigerungsobjekte tatsächliche und rechtliche Veränderungen vor sich gehen.

A. Tatsächliche Veränderungen: Das Steigerungsobjekt kann nach dem Zuschlage untergehen.

a) Geschieht das (durch Zufall), bevor eine Rückgängigmachung der Zuschlagsverfügung wegen Verzuges des Ersteigerers stattgefunden hatte, so wird eine solche, wenn nachher die rechtzeitige Zahlung des Erlöses ausbleibt, nicht mehr zu erfolgen haben, da ihr Hauptzweck, die Vornahme einer Ersatzsteigerung, zum vornherein als unerreichbar erscheint. Vielmehr richtet sich nunmehr die Betreibung auf Verwertung der Forderung auf den Erlös, die (bei Unterlassung einer Rückgängigmachung des Zuschlages) nach dem Untergang des Objektes fortbestehen bleibt, da die vertragsrechtlichen Sätze über den Gefahrsübergang (Art. 145 und 204 O. R.) analog anwendbar sind (oben p. 293). Die Verwertung der Forderung auf den Erlös geschieht auch hier im Verfahren der Art. 125 ff. Für die Geltendmachung derselben durch den Erwerber gilt das oben p. 290 ff. Ausgeführte in entsprechender Weise.

Ist der Untergang des Steigerungsobjektes nur ein partieller, so findet das Verwertungsverfahren der Art. 125 ff. nur für diejenige Quote der Forderung auf den Erlös Anwendung, welche dem untergegangenen Teil des Objektes ent-

---

<sup>92)</sup> Auch in diesem Falle muss der Richter die Schadensersatzpflicht als grundsätzlich feststehend ansehen (oben p. 313). Der Schaden bestimmt sich quantitativ danach, ob der Eigentümer bei „rechtzeitiger Zahlung“ von Seiten des Ersteigerers an das Amt besser gestellt gewesen wäre als bei der nunmehrigen Sachlage, wonach ihm das Steigerungsobjekt verbleibt.

spricht. Diese Quote wird nach Feststellung des Sachverhaltes (nötigenfalls vermitteltst Expertise, vergl. Art. 97 Abs. 1) durch betreibungsamtliche Verfügung bestimmt. Bezüglich des noch erhaltenen Teiles des Objektes ist bei eintretendem Verzuge des Ersteigerers im Wege der Ersatzsteigerung vorzugehen.

Wenn der (ganze oder teilweise) Untergang vom Betriebenem bzw. Dritteigentümer verschuldet wurde, so greifen die Art. 110 ff. O. R. per Analogie Platz. Der Ersteigerer kann infolge dessen seine Schadensersatzforderung mit der Forderung (des Betriebenem bzw. Dritteigentümers) auf den Erlös im Verfahren selbst zur Verrechnung und insoweit das Verfahren sich gegenüber zum Erlöschen bringen. Lässt das Amt die Verrechnung nicht gelten, so steht gegen seine bezügliche Verfügung dem Ersteigerer der Beschwerdeweg offen. Weitergehende Schadensersatzansprüche hat dieser gegenüber dem Schuldner bzw. Dritteigentümer ausserhalb der Betreibung im Civilprozesswege geltend zu machen.

Geht das Objekt durch Verschulden des betreibenden Gläubigers oder eines andern Beteiligten zu Grunde, so berührt das die Verpflichtung zur Bezahlung des Erlöses nicht, da diese civilrechtliche Verpflichtung gegenüber dem bisherigen Eigentümer des Objektes besteht, woran der Umstand nichts ändert, dass sie im Betreibungsverfahren und zum Vorteil des betreffenden Beteiligten zu erfüllen ist. Entsprechendes gilt, wenn ein dem Verfahren fernstehender Dritter den Untergang verschuldet hat. Vorbehalten bleiben natürlich die allfälligen dem Ersteigerer zustehenden, ausserhalb der Betreibung geltend zu machenden Schadensersatzansprüche aus Art. 50 O. R.

b) Geht die Sache nach Erlass der (rechtskräftig werdenden) Verfügung auf Rückgängigmachung des Zuschlages unter, so ist das von Bedeutung für die (durch diese Verfügung begründete) Haftung des Ersteigerers für den Ausfall und allen weitem Schaden nach Art. 129 bzw. 143. Diese Haftung erhält durch den Untergang des Objektes in Bezug auf das Vorhandensein einer objektiven Schädigung

ihre nähere Bestimmung; namentlich in dem Sinne, dass nunmehr als Ausfallsbetrag die Summe des früher erzielten Erlöses anzusehen ist. Gegen diejenigen, aus deren Verschulden die Sache untergegangen ist, muss unseres Erachtens der bezahlende Ersteigerer nach Art. 50 O. R. ersatzberechtigt sein<sup>93</sup>).

B. Rechtliche Veränderungen: Eine solche erfährt das Steigerungsobjekt zunächst durch den Vollzug der Zuschlagsverfügung mit der Eigentumsübertragung an den Ersteigerer (unten p. 323, Zif. 1). Die (rechtskräftig gewordene) Verfügung auf Rückgängigmachung des Zuschlages begründet einen dem frühern Eigentümer zustehenden, behördlich festgestellten Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums, indem die Einräumung des letztern an den Ersteigerer „aus einem nachträglich weggefallenen Grunde“ (Art. 71 O. R.) geschehen war. Zur Erfüllung gebracht wird dieser Anspruch (während noch hängigen Betreibungsverfahrens<sup>94</sup>) durch das Amt, ohne dass es dem widerstrebenden Ersteigerer gegenüber einer richterlichen Intervention bedürfte. Eine solche ist entbehrlich wegen der bereits erfolgten Feststellung des Anspruches in Verbindung mit dem Umstande, dass der Ersteigerer als Verpflichteter auch bereits betreibungsrechtlich gebunden ist, d. h. dass er sich die sofortige Vollstreckung des Anspruches als einen Akt des Betreibungsverfahrens, in das er mit dem Zuschlage als Beteiligter (definitiv) eingetreten war, und speziell als eine Wirkung der Verfügung auf Rückgängigmachung des Zuschlages, gefallen lassen muss<sup>95</sup>). Für die Verwertung der Liegenschaften ist die Vollstreckbarkeit des Anspruches in Art. 143 des Gesetzes zum positiven Ausdruck gekommen, der das Amt anweist, die Uebertragung der Liegenschaft ohne weiteres rückgängig zu machen, bezw. ge-

<sup>93</sup>) Wobei er seine Forderung gegenüber solchen, welche nach Art. 129, Abs. 4 bezw. 143, Abs. 2 forderungsberechtigt sind (oben p. 310/12), zur Verrechnung bringen kann.

<sup>94</sup>) Nach Erlöschen der Betreibung durch den bisherigen Eigentümer (oben p. 292).

<sup>95</sup>) Allerdings kann der Ersteigerer geltend machen, er brauche sich die Rückübertragung nur gegen Rückleistung allfällig gemachter Teilzahlungen gefallen zu lassen (oben p. 292, sub 4).

gebenen Falles die Rückgängigmachung durch die zuständige Grundbuchbehörde vermittelt eines an sie zu stellenden und für sie verbindlichen Requisitionsbegehrens zu bewirken (vergl. oben p. 104). Bei der Mobiliensteigerung lässt es allerdings der einschlägige Art. 129 an einer entsprechenden Vorschrift fehlen. Der Grund kann aber nur darin liegen, dass sie hier von geringer praktischer Bedeutung<sup>96)</sup> ist, weil das Gesetz zur Vermeidung von Schwierigkeiten bestimmt, dass die Uebergabe ersteigeter Mobilien nur gegen Erlegung des Kaufpreises stattfinden solle. Ist sie aber irgend weshalb vorher erfolgt, so lässt sich nicht einsehen, wieso es nun nicht ebenfalls der Wille des Gesetzes sein sollte, das Mittel einer mit Betreibungszwang sofort vollziehbaren amtlichen Verfügung zu gewähren, um den ungerechtfertigten Rechtserwerb des Ersteigerers rückgängig zu machen. Ohne Bedeutung für die Beurteilung der Frage scheint uns der Umstand, dass das genannte Mittel hier eher als bei der Immobiliensteigerung versagt, einerseits wegen der häufig eintretenden Schwierigkeit für das Amt, die tatsächliche Gewalt über das aushingegebene Objekt wieder zu erlangen, und zwar derart, dass seine Identität von dritter Seite unbestritten ist, und andererseits wegen der Leichtigkeit, mit der die entäusserte bewegliche Sache durch Konstituierung von Drittrechten dem rechtlichen Machtbereiche des Amtes entzogen werden kann.

Das zuletzt Gesagte führt zu der weitem Eventualität, wonach das Steigerungsobjekt ausserhalb des Wirkungsbereiches der Zuschlagsverfügung eintretende rechtliche Veränderungen erfährt. Als wichtigster Fall ist derjenige der Veräusserung oder Belastung des Objektes durch den Ersteigerer ins Auge zu fassen<sup>97)</sup>. Unseres Erachtens

---

<sup>96)</sup> Von praktisch wesentlicher Bedeutung ist die Frage dagegen im analogen Falle, wo es zur Aufhebung eines anfechtbaren Zuschlages nach schon erfolgter Eigentumsübertragung kommt (oben p. 301/2). Hier ist die Praxis, entgegen unserer Ansicht, zu der Auffassung gelangt, dass „der Rechtserwerb des Ersteigerers nur noch vom ordentlichen Civilrichter rückgängig gemacht werden könne“ (s. unten p. 338 ff. und Note 115).

<sup>97)</sup> Andere mögliche Fälle, wie Spezifikation des Objektes, lassen wir unerörtert.

darf dieser in selbständiger Weise derart über das Objekt rechtlich<sup>98)</sup> verfügen, da ein für ihn geltendes (bis zur vollständigen Zahlung des Erlöses andauerndes) Veräusserungsverbot gesetzlich nicht besteht<sup>99)</sup>.

Natürlich soll der Ersteigerer eine derartige Verfügung über das Objekt stets nur unter Vorbehalt der betriebsrechtlichen Situation desselben treffen, d. h. unter Kenntnissgabe davon, dass er das Objekt durch Zwangsversteigerung erworben und seine bezüglichlichen Verpflichtungen als Ersteigerer noch nicht gänzlich erfüllt hat. Dann muss der neue Rechts-erwerber mit der Eventualität rechnen, dass eine Rückgängigmachung des Zuschlages erfolgen und damit das Steigerungsobjekt auch aus seinem Eigentum wieder in dasjenige des Schuldners bzw. frühern Dritteigentümers als Verwertungsobjekt exekutionsrechtlich zurückgeführt werde, bzw. diese Zurückführung aus dem Eigentum des Ersteigerers ohne Rücksichtnahme auf die inzwischen vorgenommene dingliche Belastung stattfinde.

Veräussert oder belastet der Ersteigerer das Exekutionsobjekt ohne einen solchen Vorbehalt, so greifen nach geltender Auffassung<sup>100)</sup> die Grundsätze über den Erwerb dinglicher Rechte durch gutgläubige Dritte Platz. Es ist also

---

<sup>98)</sup> Zu tatsächlicher Verfügung (Gebrauch, Verbrauch des Steigerungsobjektes) ist er insoweit nicht befugt, als das zu Gunsten des bisherigen Eigentümers bestehende Pfandrecht für die „Kaufsumme samt Zins“ (oben p. 306, aa) gemäss den anwendbaren civilrechtlichen Normen einer solchen Verfügung durch den Eigentümer einer pfandrechlich belasteten Sache (hier durch den Ersteigerer) entgegensteht (vgl. Art. 797/98 des Civilgesetz entwurfes). — Im Falle der spätern Rückgängigmachung des Zuschlages hat der Ersteigerer stets für den durch eine solche Verfügung den Beteiligten erwachsenen Schaden aufzukommen.

<sup>99)</sup> Der bisher auf dem Objekte lastende exekutionsrechtliche Beschlag steht der Möglichkeit tatsächlicher oder rechtlicher Verfügung durch den Ersteigerer nicht entgegen, da er mit der Entäusserung erlischt d. h. das Objekt aufhört, Pfändungs- bzw. Pfandverwertungsobjekt zu sein, und dafür nunmehr die Forderung auf den Erlös exekutionsrechtlich verhaftet wird.

<sup>100)</sup> Weber-Brüstlein-Rambert-Reichel, Art. 143, Note 1, Abs. 2; Jäger, Art. 143, Note 4 unten.

möglich, dass das Exekutionsobjekt durch Veräusserung dem Exekutionsverfahren (in das es wieder einbezogen werden sollte) entzogen wurde oder dass es durch Belastung mit einem dinglichen Rechte nur noch unter Wahrung desselben für das Verfahren disponibel bleibt. Die praktische Bedeutung dieser Fälle erfährt freilich eine erhebliche Einschränkung einerseits bei der Mobiliensteigerung durch das erwähnte Verbot des Art. 129, dem Ersteigerer das Steigerungsobjekt vor der Bezahlung des Erlöses herauszugeben, und andererseits bei der Liegenschaftssteigerung durch den Umstand, dass mit dem (nach Massgabe des kantonalen Rechts sich vollziehenden) Uebergang des Eigentums an den Ersteigerer gleichzeitig auch das Pfandrecht des Art. 137 Abs. 1 „für die Kaufsumme samt Zins“ (ebenfalls nach Massgabe des kantonalen Rechts) zu konstituieren ist, dies aber meistens oder doch vielfach durch Eintragung in öffentliche Bücher mit der Wirkung der Verunmöglichung eines gutgläubigen Dritterwerbes geschieht. Insofern es nun aber immerhin zu einem solchen ohne Vorbehalt des Betreibungsverfahrens erfolgenden Erwerb von Drittrechten kommen kann, fragt es sich, wie das Betreibungsamt (das infolge Verzuges des Ersteigerers den Zuschlag rückgängig gemacht hat und diese Verfügung nunmehr vollziehen will) der Beanspruchung eines solchen Rechtes gegenüber sich zu verhalten habe. Unseres Erachtens bieten die Vorschriften über das Widerspruchsverfahren (Art. 106/9 B. G.) die geeignete Grundlage für ein der Sachlage angepasstes Vorgehen: Behauptet der Dritte, dass er Eigentümer des Objektes geworden sei, so muss, je nachdem gemäss den jeweiligen Verumständen die Gewahrsamsfrage zu lösen sein wird, entweder ihm oder den im Betreibungsverfahren Beteiligten (mit Einschluss des Ersteigerers) Klagfrist ausgesetzt werden. Wird der Drittanspruch (durch Urteil, Verzicht, Verwirkung etc.) beseitigt, so ist damit die Möglichkeit geschaffen, das Objekt betreibungsrechtlich wieder in das Eigentum des betriebenen Schuldners bzw. frühern Dritteigentümers zurückzuführen (wobei das Urteil bzw. dessen Surrogat gleichzeitig die Unbegründetheit eines allfälligen Eintrages in den öffentlichen Büchern ausspricht, der zu Gunsten

des unterlegenen Drittansprechers erfolgt war). Dringt dagegen der Drittansprecher durch, so ist die Lage gleich, wie bei dem nach Rückgängigmachung des Zuschlages eintretenden Untergang der Sache: wie dort eine faktische, so besteht hier eine rechtliche Unmöglichkeit der Vornahme einer Ersatzsteigerung. Das dem Ansprecher günstige Urteil bzw. Urteilssurrogat bedeutet also den Eintritt eines für die Frage der Schädigung im Sinne von Art. 129 Abs. 4 bzw. 143 Abs. 1 relevanten Tatumstandes (s. oben p. 317, b). Nimmt der Dritte ein beschränktes dingliches Recht am Steigerungsobjekte in Anspruch, so hat das Amt bezüglich dieses Rechtes gemäss Art. 106/9 (bei Mobilien) bzw. 140 Abs. 2 (bei Liegenschaften) vorzugehen und gestützt auf das Ergebnis dieses Bereinigungsverfahrens die Betreibung durch Anordnung der Ersatzsteigerung weiterzuführen. Der Ersteigerer ist den Beteiligten für den Schaden, den er ihnen durch die Einräumung eines solchen Rechts an den Dritten verursacht hat, haftbar (Art. 129 Abs. 4 bzw. 143 Abs. 1 per Analogie).

#### 4. Auf die Verpflichtungen des Ersteigerers bezügliche Haftung Dritter.

A. Als solche Drittpersonen haben wir soeben kennen gelernt den Dritterwerber des Steigerungsobjektes und den Erwerber eines beschränkten dinglichen Rechtes an demselben. Sie müssen es sich gefallen lassen, dass ihre behaupteten Rechte, wenn sie dieselben unter Vorbehalt der hängigen Betreibung erworben haben, vor der Geltendmachung von Ansprüchen im Betreibungsverfahren (Rückgängigmachung des Zuschlages) weichen müssen.

B. Hieher gehört sodann der Bürge des Ersteigerers und der für den Ersteigerer Realkautions Leistende. Bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Erlöses durch den Ersteigerer haften neben demselben die genannten Personen für den Ausfall und allen weiteren Schaden (cf. Art. 129 Abs. 4 und Art. 143 Abs. 2). Indem das Amt ihnen ihre Verpflichtungen, gestützt auf ihre Einwilligungserklärung, durch Verfügung auf-

erlegt, treten sie in das Verfahren ein und werden sie nicht nur civilrechtlich (dem betriebenen Schuldner bzw. Dritteigentümer), sondern gleichzeitig betreibungsrechtlich gebunden. Demgemäss sind sie gegenüber der Verfügung auf Rückgängigmachung des Zuschlages als dem Akte, aus dem der Schadensersatzanspruch gegen sie erwächst, beschwerdeberechtigt in dem Sinne, dass sie die Ungültigkeitserklärung dieser Verfügung insoweit verlangen können, als sie von ihr betroffen werden. Die Aufhebung der Verfügung in genanntem Sinne bedeutet die Verneinung, ihre Aufrechterhaltung die grundsätzliche behördliche Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beschwerdeführers. Die quantitative Bestimmung des Schadensersatzanspruches erfolgt auch hier nach dessen Verwertung ausserhalb des Betreibungsverfahrens.

C. Endlich ist zu erwähnen der an Stelle des Ersteigerers in das Verfahren Eintretende<sup>101)</sup>. Der Eintritt erfolgt, gestützt auf eine darauf gerichtete gemeinsame Erklärung des Ersteigerers und des Eintretenden gegenüber dem Amte, durch Verfügung des letztern. Der Eintretende succediert in die Rechtsstellung des Ersteigerers, so wie sie im Momente des Eintrittes ist. Der Eintritt kann aber nur mit der Wirkung geschehen, dass der Ersteigerer wie ein Bürge im Sinne von Ziff. 2 hievon und zwar solidarisch für die Erfüllung der dem Eintretenden obliegenden Verpflichtungen haftbar wird.

## B. Die Rechte des Ersteigerers.

### 1. Der Anspruch auf Uebertragung des Eigentums.

Durch die Zuschlagsverfügung wird nach geltendem Recht der Ersteigerer nicht unmittelbar Eigentümer des Steigerungsobjektes<sup>102)</sup>, sondern erwirbt er lediglich einen Anspruch auf

<sup>101)</sup> Die bundesgerichtliche Praxis (E. Bd XXIV<sup>1</sup>, Nr. 151) hält im Gegensatz zur zürcherischen (Blätter für zürcherische Rechtssprechung, Jahrg. 1902 Nr. 152) einen solchen Eintritt in das Meistgebot für unzulässig, was sich u. E. weder gesetzlich noch aus praktischen Gründen rechtfertigt.

<sup>102)</sup> So die herrschende Meinung. Anders Reichel für die Liegenschaftssteigerung, Art. 141, Note 3 (— nicht für die Mobiliensteigerung,

Uebertragung des Eigentums. Für die Liegenschaftssteigerung ergibt sich das deutlich aus Art. 136 des Gesetzes, wonach „der Uebergang des Eigentums an der Liegenschaft sofort nach der Versteigerung in der vom kantonalen Rechte vorgeschriebenen Weise“ zu erfolgen hat. Bezüglich der Mobiliensteigerung sodann lässt sich unseres Erachtens die in Art. 129 erwähnte „Uebergabe“ des Steigerungsobjektes ebenfalls nur als den Eigentumserwerb des Ersteigerers bewirkenden Traditionsakt ansehen.

Der Anspruch auf Uebertragung wird zu Gunsten des Ersteigerers gegenüber dem Eigentümer des Steigerungsobjektes (betriebenem Schuldner, Dritteigentümer) als Verpflichtetem begründet. Er ist wie der auf Zahlung des Erlöses nicht rein betreibungsprozessualischer Natur, sondern eine civilrechtliche Forderung, was auch hier daraus erhellt, dass er mit dem Erlöschen der Betreibung nicht untergeht, sondern der Ersteigerer nun direkt gegenüber dem Eigentümer anspruchsberechtigt wird. Im Betreibungsverfahren wird der Anspruch des Ersteigerers auf Uebertragung des Eigentums geltend gemacht durch ein betreibungsprozessuales Parteibegehren an das Amt und muss sich der Eigentümer die (auf die rechtskräftige Zuschlagsverfügung gestützte)

---

Art. 126, Note 4 —), indem er zwischen der durch das kantonale Recht normierten Form des Eigentumsüberganges und der bundesrechtlich bestimmten causa des Eigentumserwerbes unterschieden wissen will. — Zuzugeben mag sein, dass, weil die Erhebung von Drittansprüchen auf das Objekt bereits von der Zuschlagsverfügung an ausgeschlossen ist (p. 327 f.), die Stellung des Ersteigerers in Bezug auf das Objekt während der Zeit vom Zuschlage bis zur Uebergabe der eines Eigentümers nahe kommt.

Das deutsche Zwangsversteigerungsgesetz (§ 90) lässt bei der Versteigerung von Grundstücken den Eigentumserwerb durch den Zuschlagsbeschluss sich vollziehen. In gleichem Sinne bestimmt nunmehr Art. 1278 des schweiz. Civilgesetzentwurfes, dass der Ersteigerer das Eigentum an einer ersteigerten Fahrniss mit deren Zuschlag erwirbt. Dagegen tritt nach genanntem Artikel der Eigentumserwerb an einem ersteigerten Grundstück erst mit der Eintragung ins Grundbuch ein. (Nicht klar ist uns, wie letztere Bestimmung mit dem oben p. 104, Note 28 zitierten in Art. 650 des Entwurfes zu vereinbaren sei, d. h. inwiefern an den beiden Orten verschiedene Tatbestände geregelt werden sollen.)

Eigentumsübertragung als Exekutionshandlung gefallen lassen (wie etwa die Zahlung einer Schuld aus gepfändetem Geld). Eine gleichzeitige oder nachherige Bestreitung seiner Verpflichtung zur Uebertragung auf dem Wege des Civilprozesses ist ausgeschlossen. Auch das erklärt sich daraus, dass die Zuschlagsverfügung die Forderung auf Uebertragung des Objectes behördlich festgestellt zur Entstehung bringt, was ihre sofortige Vollstreckung im Verfahren selbst ermöglicht.

Der Inhalt des Anspruches auf Uebertragung bestimmt sich nach dem Inhalte der diesen Anspruch begründenden (rechtskräftigen) Zuschlagsverfügung. Letztere enthält <sup>103)</sup> eine an den Ersteigerer gerichtete amtliche Erklärung darüber, welches Object und wie beschaffen ihm dasselbe später zu übertragen sei. Die Bestimmung des Objectes kann in einer dieser mehr oder weniger individualisierenden Weise erfolgen (z. B.: die vom Steigerungsbeamten vorgezeigte bewegliche Sache, die in den Steigerungsbedingungen beschriebene Liegenschaft, oder aber: ein gewisses aus einem Warenvorrat zu entnehmendes Quantum, Archiv III 72, Tatbestand). Die Beschaffenheit des Steigerungsobjectes scheidet sich in die tatsächliche und die rechtliche.

a) Bezüglich der tatsächlichen Beschaffenheit, des physischen Zustandes des Objectes (bewegliche Sache oder Liegenschaft) kann die Zuschlagserklärung nur dahin lauten, dass das Object tale quale, so wie es im Momente dieser Erklärung ist, übergeben werde (wobei im weitern von da an der Ersteigerer die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung trägt, s. oben p. 293). Ein mehreres liesse sich zwar dem Ersteigerer durch Statuierung einer Gewährleistungspflicht einräumen, sei es, dass eine solche von Gesetzeswegen als Rechtsfolge der Zuschlagserklärung einzutreten hätte, sei es, dass sie vom Amte besonders aufzuerlegen, d. h. dass diese Erklärung ihr Rechtsgrund wäre. Die eine und die andere

---

<sup>103)</sup> Neben Anderem: Bestimmungen betreffend Zeit, Ort der Uebergabe etc.

dieser Eventualitäten muss man aber ablehnen, sobald man davon ausgeht, dass das durch den Zuschlag begründete Privatrechtsverhältnis kein Kaufvertragsverhältnis, sondern *sui generis* ist und seine Gestaltung in erster Linie durch den betriebsprozessualischen Zweck der Zwangsversteigerung erhält. Alsdann fehlt es nicht nur an einer ausdrücklichen Gesetzesnorm für die Annahme einer solchen Gewährleistungspflicht, sondern liesse sie sich auch sachlich gegenüber keinem der Beteiligten als von ihr Betroffenen rechtfertigen (oben p. 108 ff. sub a).

b) Wesentlich anders geartet ist der Inhalt der Zuschlagsverfügung bezüglich der rechtlichen Beschaffenheit des Steigerungsobjekts (der Eigentumsverhältnisse und der dinglichen Belastungen desselben). Hier ist die Bedeutung der Zuschlagserklärung die, dass durch sie (in gewissem Umfange) bisher bestandene rechtliche Mängel des Objektes gehoben werden: Der Zuschlag vermag, auf Grundlage eines vorangegangenen Bereinigungsverfahrens, die bisherige rechtliche Beschaffenheit des Objektes dahin zu modifizieren, dass an letzterm bestehende Rechte Dritter zu Gunsten des Ersteigerers als des nachherigen Eigentümers untergehen, wobei diese Rechtsfolge des Unterganges des betreffenden Rechtes gleichzeitig durch die Zuschlagserklärung ihre behördliche Feststellung erfährt. Die rechtstilgende Kraft des Zuschlages<sup>104)</sup> kommt aber nicht gegenüber allen Drittrechten zur Geltung, sondern nur soweit der Berechtigte gehalten ist, sein Recht im Betreibungsverfahren zu wahren. Aber auch in letzterm Falle versagt sie zu Ungunsten des bösgläubigen Ersteigerers<sup>105)</sup>, d. h. desjenigen, der beim Zuschlage wissen musste, dass der betriebene Schuldner bzw. angebliche Dritteigentümer nicht Eigentümer des Steigerungsobjektes sei bzw. dass ein ding-

---

<sup>104)</sup> Ihr gegenüber steht die schon erörterte (oben p. 305) rechtsfestsetzende Kraft.

<sup>105)</sup> Ausdrücklich sieht das Gesetz den Ausschluss der rechtstilgenden Kraft des Zuschlages zu Ungunsten des bösgläubigen Ersteigerers nur für gestohlene und verlorene Sachen vor (Art. 108). Diese Bestimmung muss aber analog auf die andern Sachen Anwendung finden.

liches Recht das Objekt beschwere, und der gleichzeitig annehmen musste, dass der wirklich Berechtigte „nicht in die Lage versetzt worden sei“ (Art. 107 Abs. 4), sein Recht im Verfahren geltend zu machen. Im einzelnen ist zwischen der Mobiliar- und der Liegenschaftssteigerung zu unterscheiden.

*aa)* Bei der Mobiliarsteigerung sind zur Geltendmachung ihrer Rechte sowohl der Eigentümer des Steigerungsobjektes als alle daran dinglich Berechtigten gehalten und geschieht die Geltendmachung im Widerspruchsverfahren der Art. 106/9. Unterbleibt sie oder lässt der Berechtigte seine Einspruchsbefugnis durch ungenügende Prosequierung des eingeleiteten Verfahrens erlöschen, so hat die Zuschlagsverfügung, welche gestützt auf diesen Tatbestand gegenüber dem gutgläubigen Ersteigerer erfolgt, die Bedeutung, dass sie, und erst sie, das betreffende Recht zur Verwirkung bringt. Dasselbe besteht auch nicht etwa weiter bis zur Eigentumsübertragung an den Ersteigerer: Art. 107 Abs. 4, wonach der Berechtigte „seinen Anspruch an der gepfändeten Sache oder an deren Erlös“ geltend machen kann, ist, wie auch von Anhängern der Kaufvertragstheorie zugegeben wird (vergl. oben p. 115), dahin zu verstehen, dass mit der Zuschlagserklärung der Anspruch auf die Sache in einen solchen auf den Erlös sich umwandelt.

Besonders gestellt ist der Eigentümer einer gestohlenen oder verlorenen Sache (Art. 108): Seine Unterlassung, sich durch Widerspruch zur Wehre zu setzen, hat nicht zur Folge, dass ihn die Zuschlagserklärung um sein Eigentum bringt, sondern nur, dass er, wenn er es gegenüber dem Ersteigerer geltend machen will, diesem für den bezahlten Erlös Ersatz zu leisten hat.

*bb)* Bei der Liegenschaftssteigerung gilt zunächst das sub *aa* Gesagte gleicher Weise für den Eigentümer<sup>106)</sup>

---

<sup>106)</sup> Ebenso Reichel, Art. 141, Note 3, während Weber-Brüstlein und Rambert (Art. 135, Note 3 und 141, Note 2) und Jäger (Art. 136, Note 5) bei der Frage von der Eigentumsübertragung des Art. 136, Abs. 2 ausgehen und annehmen, dass das kantonale Recht die Rechtswirkungen dieser Uebertragung auf das bisherige Eigentumsverhältnis des Steigerungsobjektes regle.

oder Miteigentümer, da die Art. 106/9 auch auf Drittansprecher unbeweglicher Sachen Anwendung finden<sup>107)</sup>, soweit das Gesetz nichts abweichendes bestimmt. Letzteres ist aber nur bezüglich der sonstigen dinglich Berechtigten der Fall, für die das besondere Lastenbereinigungsverfahren der Art. 138 Ziff. 3/140 Platz greift, gemäss welchem namentlich, entgegen Art. 107 Abs. 4, der Anspruch an der Sache oder auf einen entsprechenden Verteilungserlös — im Falle eines nachherigen Zuschlages — schon verwirkt wird durch Versäumung der Anmeldefrist der Ziff. 3 cit. Das bereinigte Lastenverzeichnis enthält eine zwischen den im Verfahren teilnehmenden Gläubigern unter sich und im Verhältnis zum Schuldner (Art. 140 Abs. 2) ergehende Feststellung darüber, welche der bestehenden Lasten (nämlich die im rechtskräftigen Verzeichnisse figurierenden) und in welchem gegenseitigen Verhältnisse sie bei der Verwertung Anspruch auf Berücksichtigung haben. Der Inhalt des Lastenverzeichnisses wird in die Steigerungsbedingungen aufgenommen und damit zur unmittelbaren Grundlage der für den Rechtserwerb des Ersteigerers massgebenden Zuschlagserklärung gemacht. Lastenverzeichnis und Steigerungsbedingungen haben aber den Charakter blosser präparatorischer Akte für die Zuschlagserklärung und fallen, wenn es wegen Erlöschens der Betreibung zu dieser nicht kommt, in sich zusammen, ohne eine rechtliche Wirkung in Bezug auf die Frage des Bestandes und Inhaltes der die Liegenschaft betreffenden Lasten zu hinterlassen. Die Zuschlagserklärung erst ist der den beabsichtigten Rechtserfolg erzeugende Akt: Durch sie verfügt das Amt mit rechtsfestsetzender Kraft, dass die nicht in den Steigerungsbedingungen enthaltenen Lasten zu Gunsten des Ersteigerers erlöschen<sup>108)</sup>.

Eine Ausnahme von der rechtstilgenden Wirkung der Zuschlagsverfügung besteht bezüglich der in Art. 138 in fine vorgesehenen Dienstbarkeiten, für welche das kantonale

---

<sup>107)</sup> Archiv II Nr. 102, III Nr. 83; Jäger, Art. 106, Note 3.

<sup>108)</sup> Im Sinne der rechtstilgenden Kraft des Zuschlages in Bezug auf die beschränkten dinglichen Rechte hat sich nunmehr auch das Bundesgericht (Bd XXXII Nr. 19) ausgesprochen. S. im übrigen oben Note 32 sub 4.

Recht die Anmeldung beim Amte (welche sonst bundesgesetzlich allgemein für die nicht durch die öffentlichen Bücher festgestellten Lasten verlangt wird) als nicht notwendig erklärt, welche deshalb nicht im Verfahren teilzunehmen brauchen und durch dasselbe sich daher auch keiner Verwirkungsfolge angesetzt finden. Bezüglich dieser Dienstbarkeiten kann die Zuschlags-erklärung nur lauten, dass die Liegenschaft auch nach ihrer rechtlichen Beschaffenheit tale quale übergeben werde und der Ersteigerer mit dem möglichen spätern Zutagetreten einer solchen Last als eines rechtlichen Mangels zu rechnen habe.

## 2. Auf die Mangelhaftigkeit des zugeschlagenen Objektes bezügliche Ersatzansprüche.

Nach obigen Ausführungen ist es möglich, dass eine dem Ersteigerer zugeschlagene Sache an tatsächlichen oder — wenigstens in einzelnen Beziehungen — an rechtlichen Mängeln leidet, ohne dass daraus dem Ersteigerer ein Gewährleistungsanspruch entspringen würde. Damit bleibt immer noch die Möglichkeit, dass der Ersteigerer wegen der Benachteiligung, die er durch die Mangelhaftigkeit des erworbenen Objektes erlitten hat, sich (ausserhalb des Verfahrens) an einen aus anderweitigem Rechtsgrunde als dem einer Gewährspflicht Haftbaren halten kann.

a) Einer solchen Haftbarkeit unterliegt zunächst möglicherweise der Betreibungsbeamte gemäss Art. 5 B. G. wegen schuldhafter Ausübung (bezw. Nichtausübung) seiner amtlichen Funktionen. Es hiesse unseres Erachtens seine amtliche Stellung verkennen und ihm die, wie schon ausgeführt (oben p. 101/2), unpassende Rolle einer privatrechtlich handelnden Person zuweisen, wollte man annehmen, er hätte lediglich die Interessen der an einem möglichst hohen Erlöse rechtlich (Art. 125 Abs. 2 und 134 Abs. 1) interessierten Beteiligten zu wahren und im Verhältnis zum Ersteigerer, mehr oder weniger entschieden, sich vom Grundsätze des naturaliter licere contrahentibus se circumvenire leiten zu lassen. Vielmehr handelt der Beamte, sowohl vor als nach dem Zuschlag, auch soweit die Interessen des künftigen bezw.

zunehmenden Ersteigerers in Frage stehen, in behördlicher Eigenschaft. Wenn das Gesetz eine amtliche Schätzung des Steigerungsobjektes vorschreibt und diese die tatsächliche Beschaffenheit des Objektes klarlegt, so mag es dabei immerhin in erster Linie das Interesse an der Vermeidung einer zu wohlfeilen Enttäusserung wahren wollen; aber andererseits kann auch unmöglich sein Wille sein, dass ein im Schätzungsverfahren zu Tage getretener Mangel, der dem diligentem Ersteigerer nicht wahrnehmbar ist, ihm verschwiegen werden dürfe. Und soweit ferner das Objekt ohne vorheriges Bereinigungsverfahren, d. h. nach seiner rechtlichen Beschaffenheit *tale quale* zuzuschlagen ist, kann das nicht besagen, dass, wenn dem Beamten im Laufe des Verfahrens ein in demselben nicht zu liquidierendes Drittrecht bekannt gegeben worden ist oder er es sonst nach den Umständen mit Grund als vorhanden ansehen muss, er darüber dem Ersteigerer keine Auskunft schuldig wäre.

Hienach ist grundsätzlich die Möglichkeit einer Haftbarkeit des Beamten aus Art. 5 dann gegeben, wenn er dem Ersteigerer ein Objekt zuschlägt, das an einem Mangel leidet (welcher Umstand die Zuschlagsverfügung ja zu keiner vom Ersteigerer anfechtbaren macht), und wenn damit der Ersteigerer einen Vermögensschaden erfährt, welcher als durch amtliches Verschulden des erstern verursacht gelten muss. Das zuletztgenannte Requisit wird freilich praktisch aus einem doppelten Grunde nur selten gegeben sein: Einmal weil die Pflicht des Beamten, den Ersteigerer auf eine ihm unbekanntem Mangelhaftigkeit der Steigerungssache aufmerksam zu machen, und damit die Möglichkeit einer Verletzung dieser Pflicht eine beschränkte ist: insofern nämlich, als ihr keine amtliche Pflicht zur Prüfung des Objektes auf seine Beschaffenheit gerade im Interesse des zukünftigen Ersteigerers zu Grunde liegt, sondern sie nur besteht, wenn der Beamte den Mangel sonstwie in Erfahrung bringt; im weitern aber, weil umgekehrt der Ersteigerer, sofern es ihm an der Abwesenheit des Mangels gelegen ist, in erster Linie von der ihm gegebenen Möglichkeit, ihn durch eigene Prüfung zu entdecken, Gebrauch machen

muss, und deshalb von einer Schadensverursachung durch den Beamten sich wohl nur sprechen lässt in Betreff von Mängeln, die einer Entdeckung durch den Ersteigerer auch bei ordnungsgemässer Prüfung sich entziehen.

b) Andere Personen können den Ersteigerer durch rechtswidriges Verschweigen des Mangels in der Weise schädigen, dass sie bestimmend auf die Abgabe der Meistgebotserklärung einwirken, gestützt auf die dann die dem Ersteigerer nachteilige Zuschlagsverfügung ergeht.

Auch hier liegt möglicherweise die Verletzung einer amtlichen Pflicht vor. Das ist z. B. der Fall bei dem mit der Schätzung des Objektes betrauten Sachverständigen, der einen Fehler des Objektes (im Interesse des Schuldners etc.) verheimlicht und dadurch nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung civilrechtlich schadensersatzpflichtig wird.

Im weitern kann durch im Verfahren Beteiligte oder ausserhalb desselben stehende Dritte eine Schädigung des Ersteigerers erfolgen, die nach Art. 50 O. R. zum Ersatz verpflichtet. Dies geschieht dann, wenn der Betreffende den ihm bekannten Mangel verdeckt, ihn für das Amt und den Ersteigerer unbemerkt macht. Ein blosses sich Ausschweigen über die Kenntnis des Mangels genügt nicht, da keine Rechtspflicht zur Bekanntgabe des letztern besteht. Eine Ausnahme hiervon hat man bezüglich des betriebenen Schuldners zu machen, insoweit derselbe gehalten ist, dem Amte über die tatsächliche und rechtliche Beschaffenheit des Exekutionsobjektes Auskunft zu erteilen. In diesem Falle scheint uns nicht nur aus einer dolosen, sondern auch einer fahrlässigen Verletzung seiner betreibungsrechtlichen Offenbarungspflicht ein civilrechtlicher Schadensersatzanspruch des Ersteigerers zu entspringen.

### 3. Rückforderungsansprüche des Ersteigerers.

Nach Rückgängigmachung der Zuschlagsverfügung infolge Verzuges des Ersteigerers sind diesem schon vollzogene Leistungen, namentlich Teilzahlungen an den Erlös wieder zurückzuerstatten.

### Dritter Abschnitt.

#### **Zusätze.**

#### **I. Die Frage der Kompetenzausscheidung zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten.**

##### **A. Nach der Kaufvertragstheorie.**

Nach der Kaufvertragstheorie hat der Zuschlag eine Doppelnatur: Er ist einerseits eine dem Verwertungsverfahren angehörige betriebsrechtliche Verfügung, andererseits die vertragliche Willenserklärung des Verkäufers, die das Kaufvertragsverhältnis mit dem Ersteigerer zu stande bringt. Auf Grund dieser Unterscheidung ist die Kaufvertragstheorie zu ihrer Ausscheidung der Kompetenzen zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten gelangt: Soweit der Zuschlag als Verfügung in Frage steht, handelt es sich um betriebsrechtliche Verhältnisse und ist der Beschwerdeweg zu betreten; soweit er dagegen als Vertragsschluss funktioniert, hat man es mit civilrechtlichen Verhältnissen zu tun, die allein der richterlichen Kognition unterstehen können. Nach der letztern Richtung gibt der Bundesratsentscheid in Sachen Schwab (Archiv III Nr. 72) folgende prinzipielle und seither als massgebend betrachtete Formulierung: Die Frage, „ob zwischen den Parteien überhaupt ein Kaufvertrag zu stande gekommen ist, und, wenn ja, welche Verpflichtungen beiderseits aus diesem Verträge hervorgehen,“ sei „eine reine Civilrechtsfrage, die genau so der Beurteilung des Civilrichters unterliegt, wie wenn es sich um einen Verkauf aus freier Hand zwischen beliebigen Parteien handelte.“

Nach unserm Dafürhalten ist es nicht gelungen, diesen Grundsatz in der Praxis zur Geltung zu bringen und im Sinne desselben eine wirkliche und zuverlässige Kompetenzausscheidung zu erreichen. Vielmehr hat tatsächlich das Gebiet, welches den Aufsichtsbehörden, im Vergleich zu demjenigen, welches den Gerichten als Kompetenzsphäre zugefallen ist, eine viel weitere Ausdehnung erlangt, als es jener Grundsatz gestatten würde. In den Fällen aber, in denen die Gerichte wirklich

als zuständig erklärt worden sind, ergeben sich bei näherer Betrachtung vielfach Schwierigkeiten.

Das soll nunmehr im einzelnen zu begründen versucht werden.

### a.

I. Der Satz, dass der Richter zu entscheiden habe, ob überhaupt ein Kaufvertrag zustande gekommen sei, umfasst ein doppeltes:

1. Er gibt dem Richter die Kompetenz, darüber zu befinden, ob überhaupt ein Vertragsabschluss stattgefunden habe.

Es ist zunächst möglich, dass der vom „Verkäufer“ als „Käufer“ in Anspruch Genommene bestreitet, eine Kaufserklärung (Meistgebot) gemacht zu haben, d. h. Vertragsgegner zu sein. In diesem Falle hat sich die Praxis, wie schon erwähnt, für die Kompetenz der Aufsichtsbehörden und nicht der Gerichte ausgesprochen (siehe oben S. 107 Note 30 und p. 287).

Umgekehrt kann möglicherweise der „Verkäufer“ bestreiten, dass an denjenigen, welcher Ersteigerer zu sein behauptet<sup>109</sup>), ein Zuschlag stattgefunden habe, d. h. dass ihm gegenüber eine Verkaufserklärung abgegeben worden sei. Ein die Kompetenzfrage für diesen Fall betreffender Entscheid ist uns nicht bekannt. Bejaht man die richterliche Zuständigkeit, so können sich die bereits (oben p. 106 und 309) erwähnten Inkonvenienzen bieten, die verbunden sind mit einer Unterbrechung der Betreibung durch ein gerichtliches Verfahren, dessen Ausgang für die Art der Weiterführung der Betreibung präjudiziell ist: Das Amt muss entweder die Betreibung (Verwertung des von ihm als nicht verkauft angesehenen Objekts) bis zum richterlichen Entscheide über die Frage des (gegnerischerseits behaupteten) Vertragsschlusses einstellen oder kann sie nur auf die Gefahr hin, später vom Richter desavouiert zu

---

<sup>109</sup>) Von dem Anspruche, als Ersteigerer anerkannt zu werden, ist zu unterscheiden der Anspruch auf Erteilung des Zuschlages, Ersteigerer zu werden, über welchen nach der Praxis ebenfalls die Aufsichtsbehörden und nicht die Gerichte zu erkennen haben (s. oben p. 101 und Note 24 daselbst).

werden, weiter führen. Wenn dagegen der angebliche Ersteigerer gegen die amtliche Verfügung, welche seine Stellung als „Käufer“ verneint, sofort den Beschwerdeweg betreten muss, wird über den streitigen Punkt ungesäumt die erforderliche Gewissheit geschaffen.

2. In zweiter Linie stellt der genannte Satz dem Richter die Prüfung anheim, ob ein (anerkanntermassen stattgefunden) Vertragsabschluss einen das Zustandekommen eines gültigen Vertrages hindernden Mangel (Art. 18 ff. O. R.) aufweise oder nicht.

Hier hat die Praxis die gerichtliche Kompetenz bisweilen ausdrücklich bejaht, wenigstens soweit es sich um den Vertragsmangel des wesentlichen Irrtums handelt (vergl. den citierten Entscheid im Archiv, III Nr. 72 und Zeitschrift des bernischen Juristenvereins B. XXXIII p. 409 ff.).

Mit dieser Lösung gibt man dem Ersteigerer als „Käufer“ das Mittel an die Hand, durch die blosser Erklärung, er habe sich beim Kaufabschlusse in einem wesentlichen Irrtume befunden (sei gezwungen worden etc.) die Erfüllung des „Kaufes“ vorläufig von sich abzuwehren und (statt dass er sofort selbst den Beschwerdeweg gegen die ihn in Anspruch nehmende Verfügung betreten muss) den „Verkäufer“ zur Anhebung und Durchführung des Prozesses zu zwingen. Wie oben, so lässt sich auch hier auf die praktischen Unzukömmlichkeiten eines solchen gerichtlichen Zwischenverfahrens hinweisen. Vor allem aber ist hier die dasselbe zulassende Praxis gesetzlich nicht zu rechtfertigen. Die Art. 129 bzw. 143, welche dem Amte bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Erlöses die Rückgängigmachung des Zuschlages und Abhaltung einer neuen Steigerung vorschreiben, gelten natürlich auch für den Fall, wo der Ersteigerer mit der Behauptung auftritt, dass wegen eines Willensmangels auf seiner Seite kein gültiger „Vertrag“ zustande gekommen sei. Denn sonst vermöchte der Ersteigerer stets mit dieser Behauptung die Rückgängigmachung des Zuschlages zu verhindern. Ein gerichtlicher Entscheid über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des streitigen Kaufvertrages — soweit es sich um seine derzeitige Existenz und Erfüllbarkeit han-

delt — wird also gesetzlich geradezu ausgeschlossen.<sup>110)</sup> Demnach kann der Richter die Rechtsbeständigkeit des Vertrages stets nur als präjudizielle Vorfrage dann zu prüfen haben, wenn — nach erfolgter Rückgängigmachung des Zuschlages wegen nicht rechtzeitiger Zahlung des Erlöses, den das Amt als kraft gültigen Kaufvertrages geschuldet ansieht — zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung für den „Ausfall und allen weiteren Schaden“ (Art. 129 Abs. 4 und 143 Abs. 2) gegenüber dem säumigen „Käufer“ geschritten wird (welch letzterer sich auf die Unverbindlichkeit des abgeschlossenen Vertrages beruft).

Ebensowenig lässt sich annehmen und ist unseres Wissens auch nie speziell behauptet worden, dass der Richter über die Gültigkeit des Vertragsabschlusses auch dann zu entscheiden habe, wenn der „Verkäufer“ es ist, der sie bestreitet, d. h. der seine bzw. die in seinem Namen abgegebene (im Zuschlage liegende) Verkaufserklärung nachträglich als durch einen Willensmangel beeinflusst anfecht. Das gegebene Rechtsmittel ist offenbar hier die beschwerdeweise Anfechtung des Zuschlages als einer gesetzwidrigen Verfügung durch den betroffenen Beteiligten (vergl. oben p. 299 f. sub c).

II. Den Satz, dass der Richter zu entscheiden habe, welche Verpflichtungen aus dem zustande gekommenen Kaufvertrage für die Vertragsparteien hervorgehen, hat die Kaufvertragstheorie ebenfalls nicht konsequent und widerspruchlos durchzuführen vermocht.

So ist vor allem auch hier ein gerichtlicher Entscheid über die Ansprüche des „Verkäufers“ auf Erfüllung des Vertrages (Bezahlung des Erlöses etc.) ausgeschlossen.<sup>110)</sup> Denn auch hier muss das Amt, sobald die Erfüllung nicht rechtzeitig erfolgt ist, sofort gemäss Art. 129 bzw. 143 zur „Auflösung des Vertrages“ schreiten, wie das denn auch in der Praxis so gehalten wird (vergl. Archiv V Nr. 26. E. B.

---

<sup>110)</sup> Wenigstens regelmässig; ausnahmsweise dann nicht, wenn die Forderung auf den Erlös gegen den Ersteigerer geltend gemacht wird (s. oben p. 316 sub a).

XXVIII<sup>II</sup> Nr. 38 Erw. 3).<sup>111)</sup> Die richterliche Kompetenz kann also auch in diesem Falle nur bei Geltendmachung der Schadensersatzforderung des Verkäufers wegen Nichthaltung des (aufgelösten) Kaufvertrages gegeben sein (Art. 129 Abs. 4 und 143 Abs. 2). Diesbezüglich ist schon (oben p. 313) darauf hingewiesen worden, dass die (nach der Kaufvertragstheorie sich ergebende) Hinausschiebung der grundsätzlichen Feststellung der Schadensersatzpflicht in ein Civilprozessverfahren, welches erst nach Rückgängigmachung des Zuschlages sich abspielt, gegen schutzwürdige Interessen Beteiligter verstösst.

Was die Ansprüche des „Käufers“ auf Erfüllung (Uebertragung des Steigerungsobjektes) anbetrifft, so sieht der schon erwähnte Bundesgerichtsentscheid in Sachen Jost (Amtl. Slg. B. XXIV Nr. 79) die Kompetenz der Gerichte als gegeben an, unter Ausschluss derjenigen der Aufsichtsbehörden, wobei er als einzuklagenden „Verkäufer“ das „Betreibungsamt“ bezeichnet. (Es handelte sich um den Anspruch auf Aushändigung der Schlüssel zu einem ersteigerten Hause.) Vergl. im übrigen oben p. 107 und Note 29 daselbst.

Hinsichtlich des Anspruches auf Rückübertragung des Steigerungsobjektes steht zunächst die Kompetenz der Aufsichtsbehörden laut Art 143 Abs. 1 B. G. und gemäss geltender Praxis in dem Falle fest, wo Liegenschaften nach erfolgter Rückgängigmachung des Zuschlages, d. h. wegen nicht rechtzeitiger Zahlung des Erlöses, zurückzufordern sind (vergl. oben p. 103/4). Zu den mehrerwähnten Inkonvenienzen führt es, wenn man dagegen in den übrigen Fällen (Rückgängigmachung des Zuschlages ersteigerten Mobilien und Aufhebung eines anfechtbaren Zuschlages ersteigerten Liegenschaften oder

---

<sup>111)</sup> In einem bundesgerichtlichen Entscheide, Archiv V Nr. 101, wird erklärt: „Mit der öffentlichen Versteigerung der Liegenschaft hat das Betreibungsamt seine Obliegenheiten erfüllt. Man kann ihm nicht zumuten, dass es von Amts wegen und ohne speziellen Auftrag gegen den Ersteigerer Betreibung anhebe oder sich gar eventuell in einen Prozess gegen ihn einlasse.“ Der Entscheid sagt wohl richtig, was das Amt nicht zu tun braucht, übersieht aber was es gemäss Art. 143 Abs. 1 von Gesetzeswegen zu tun verpflichtet ist.

Mobilien) einer richterlichen Intervention zur Wiederherstellung des Eigentums nicht glaubt entraten zu können.<sup>112)</sup>

## b.

Vor allem aber haben die richterlichen Kompetenzen, so wie sie nach der Kaufvertragstheorie sich gestalten sollten, eine weitgehende Einschränkung dadurch erfahren müssen, dass die Praxis berechtigterweise an der Möglichkeit einer durch die Aufsichtsbehörden zu verfügenden Aufhebung des Zuschlages aus betreibungsrechtlichen Gründen festhielt.

Wie schon bemerkt (oben p. 100), kann den Zuschlag „aufheben“ nicht bedeuten: die tatsächlich erfolgte Zuschlags-erklärung nachträglich ungeschehen machen, sondern nur: nachträglich die mit dieser Erklärung beabsichtigte Rechtswirkung als nicht eingetreten erklären. Wird der Zuschlag von der Aufsichtsbehörde wirklich und gänzlich aufgehoben, so spricht die Aufsichtsbehörde aus, dass das Amt mit der Zuschlagserklärung eine in allen Punkten rechtlich unwirksame Willenserklärung abgegeben habe und damit insbesondere, im Sinne der Kaufvertragstheorie formuliert: dass eine rechtlich unwirksame Vertragserklärung des Verkäufers (bezw. seines Vertreters beim Vertragsschlusse) vorliege.<sup>113)</sup> Als dann ist aber auch die Erklärung des Käufers (Meistgebot) rechtsunwirksam, da sie für sich allein zur Erzeugung des beabsichtigten Vertragsverhältnisses nicht genügt (Art. 1 O. R.). Die (totale) Aufhebung des Zuschlages bedeutet die Verneinung des Zustandekommens eines gültigen Kaufvertrages (vergl. auch oben p. 100 und Note 22 daselbst).

Die Praxis<sup>114)</sup> hat freilich diese Konsequenz aus Scheu vor der privatrechtlichen Stellung des Ersteigerers nicht geglaubt ziehen zu dürfen. Sie unterscheidet: Einen gesetzwidrigen

---

<sup>112)</sup> S. oben p. 319 und Note 96.

<sup>113)</sup> Wenn man dem Zuschlage die deklarative Bedeutung einer Feststellung des erfolgten Vertragsabschlusses beilegt (oben p. 86 Note 10), liegt in der Aufhebung des Zuschlages eine sie widerrufende gegenteilige Feststellung.

<sup>114)</sup> z. B. Archiv III, Nr. 72, 104, 120; E. B. XXX<sup>1</sup> Nr. 31 p. 194 unten.

oder unangemessenen Zuschlag müsse die Aufsichtsbehörde aufheben; die Frage aber, „was die Aufhebung eines Zuschlages für den Ersteigerer für Rechtsfolgen habe, mit andern Worten, ob durch Aufhebung eines Zuschlages auch der Rechtserwerb des Ersteigerers wieder rückgängig gemacht werde,“ sei als „Civilrechtsfrage“ vom Richter zu erledigen (Archiv III Nr. 104).

Diese Unterscheidung (die mit der dem Zuschlage beigelegten doppelten Charakter einer Verfügung und einer vertraglichen Willenserklärung zusammenhängt), enthält einen Widerspruch, sofern man den Ausdruck „Aufhebung“ des Zuschlages in der erörterten Bedeutung einer Aberkennung sämtlicher mit der Zuschlagserklärung beabsichtigten Rechtswirkungen und damit auch der auf den Ersteigerer bezüglichen versteht. Wird „durch den Zuschlag ein Kaufgeschäft abgeschlossen“ (Archiv III Nr. 72), so wird mit seiner totalen Aufhebung (mit der Erklärung seiner rechtlichen Unwirksamkeit) durch die Aufsichtsbehörde ausgesprochen, dass auch der Ersteigerer nicht Käufer geworden und dass deshalb weder eine rechtliche Verpflichtung noch ein Rechtserwerb desselben als Käufer begründet worden sei. Alsdann verbleibt für eine richterliche Kognition kein Raum.

Um für sie Raum zu schaffen, hat man wie folgt argumentiert: Die Kompetenz der Aufsichtsbehörden in Betreff der Aufhebung des Steigerungsaktes sei keine ausschliessliche, sondern teile sich mit derjenigen des Richters. Der Zuschlag schaffe zunächst betriebsrechtliche Rechtsbeziehungen als Schlussakt des Verwertungsverfahrens, welches letzteres die Aufsichtsbehörden gegebenen Falles wegen Gesetzwidrigkeit zu kassieren hätten. Er begründe aber daneben ein Kaufvertragsverhältnis. Ob er insofern rechtsunwirksam gewesen sei oder nicht, speziell was die Stellung des Ersteigerers als Käufer anbetreffe, habe der Richter zu entscheiden (in diesem Sinne namentlich E. B. XXX<sup>I</sup> Nr. 31).

Diese Auffassung der Aufhebung des Zuschlages durch die Aufsichtsbehörden als bloss partielle, die civilrechtliche Stellung des Ersteigerers nicht berührende, bietet nur eine

scheinbare Lösung einer wirklichen Kompetenzausscheidung. Sie läuft darauf hinaus, statt wie vorhin ausschliesslich die Aufsichtsbehörden, nunmehr in Wirklichkeit ausschliesslich den Richter über die Aufhebung des Zuschlages, d. h. über dessen Rechtsgültigkeit oder -ungültigkeit entscheiden zu lassen. Denn die wesentlichsten mit der Zuschlagserklärung beabsichtigten Rechtswirkungen sind die civilrechtlichen, speziell das Kaufvertragsverhältnis zwischen „Verkäufer“ und Ersteigerer. Die betreibungsrechtlichen Wirkungen dagegen sind bloss Accessorien der erstern und in ihrem Bestande durch deren Existenz bedingt. Hat nun der Richter über die materiellrechtlichen Ansprüche aus dem Zuschlage zu entscheiden, so ist er es ebenfalls, von dem in Wirklichkeit allein das Schicksal des Zuschlages auch in betreibungsrechtlicher Hinsicht abhängt. Mag immer die Aufsichtsbehörde den Zuschlag aus betreibungsrechtlichen Gründen aufheben (z. B. weil er zu einer für Betreibungshandlungen geschlossenen Zeit vorgenommen wurde (Art. 56) oder ein Beteiligter nicht rechtsgenügend von der Steigerung in Kenntnis gesetzt worden war), so verliert doch ihr Beschwerdeentscheid jede praktische Bedeutung, sobald der vom Ersteigerer angerufene Richter erklärt, dass ein gültiger Kaufvertrag vorliege. Dann muss eben die Steigerung gleicherweise durch Vollzug des Steigerungskaufes zu Ende geführt werden, wie wenn jene betreibungsrechtlichen Mängel des Zuschlages gar nicht vorliegen würden. Und mag umgekehrt die Aufsichtsbehörde den Zuschlag als betreibungsrechtlich gültig erklären, er muss durch einen neuen ersetzt werden, sobald der Richter die Gültigkeit des Kaufvertrages verneint.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis: Die (wirkliche) Aufhebung des Zuschlages begreift auch nach der Kaufvertragstheorie notwendig die amtliche Erklärung in sich, dass die privatrechtlichen Wirkungen aus dem Zuschlage als nicht eingetreten zu gelten haben, speziell also auch der Meistbieter privatrechtlich als Ersteigerer weder berechtigt noch verpflichtet worden sei. Wenn in der Praxis die Aufsichtsbehörden einen erteilten „Zuschlag aufheben,“ so nehmen sie

damit, sofern es ihnen mit ihrem Entscheide Ernst ist, d. h. derselbe rechtliche Bedeutung haben soll und auf Anerkennung Anspruch machen will, dem Richter die Möglichkeit, noch über die Frage zu entscheiden, ob ein gültiger Kaufvertrag zustande gekommen sei oder nicht. In den umgekehrten Fällen, in denen die Aufsichtsbehörden von der Erwägung ausgehen, man habe es mit der vom Richter zu entscheidenden reinen Civilrechtsfrage zu tun, ob ein Kaufvertrag zustande gekommen sei oder nicht, legen sie damit den Entscheid über die Aufhebung des Zuschlages auch in betreibungsrechtlicher Hinsicht in die Hände des Richters. Zu Unrecht vermeint man eine wirkliche Kompetenzverteilung geschaffen zu haben (eine solche erscheint uns bei der einheitlichen Natur der Zuschlagsverfügung undurchführbar, wenigstens im Sinne einer koordinierten Stellung der Aufsichtsbehörde und des Richters, wie es die Praxis will); in Wahrheit hat man sich abwechslungsweise von zwei sich ausschliessenden Auffassungen leiten lassen: Bald berücksichtigt man vor allem die Interessen des Schuldners oder Gläubigers, die es verbieten, einen betreibungsprozessualisch mangelhaften Zuschlag bestehen zu lassen, und bringt diesen Interessen die durch den Zuschlag begründeten privatrechtlichen Ansprüche, speziell des Ersteigerers, mit dem den Zuschlag aufhebenden Beschwerdeentscheid zum Opfer. Bald ist umgekehrt das Hauptaugenmerk auf die privatrechtliche Stellung des Ersteigerers gerichtet und man kommt dazu, eine „Rückgängigmachung seines Rechtserwerbes“ (Archiv III 104) als nur durch den Richter möglich zu erklären.<sup>115)</sup>

Die Zuweisung der Kompetenz an den Richter, über die Gültigkeit des durch den Zuschlag zustande gekommenen Kauf-

<sup>115)</sup> Auf letztern Standpunkt stellt man sich (den Fall des Art. 143 Abs. 1 vorbehalten) besonders, wenn die Eigentumsübertragung an den Ersteigerer schon stattgefunden hat und infolge dessen das Objekt nicht ohne weiteres zu sofortiger Vornahme der Ersatzsteigerung verfügbar ist (s. oben p. 319 und Note 96). Natürlich liegt aber ein „Rechtserwerb“ des Ersteigerers schon darin, dass letzterer mit dem Zuschlage (Kaufabschlusse) seinen privatrechtlichen Anspruch auf Uebertragung des Objektes erlangt (in welchem Sinne übrigens auch der citierte Entscheid im Archiv III 104 den Ausdruck verwendet).

vertrages zu befinden, führt sodann zu gewichtigen praktischen Inkonvenienzen. Mag der Zuschlag oder eine ihm vorausgegangene Betreibungshandlung (gegen welche die Beschwerdeführung an sich noch zulässig ist) betreibungsrechtlich noch so anfechtbar sein, eine Aufhebung des Zuschlages bzw. der betreffenden Betreibungshandlung und des darauffolgenden Verfahrens inklusive Zuschlag, ist nach Erteilung des letztern nicht mehr möglich. Denn nunmehr hat der Richter und nur er zu entscheiden, ob ein privatrechtlicher Kaufvertrag mit dem Meistbieter zustande gekommen sei. Für diese „reine Civilrechtsfrage“ kommt es aber nur auf die Erfordernisse für die Gültigkeit eines privatrechtlichen Vertragsschlusses an, während die betreibungsrechtlichen Erfordernisse für ein gesetzmässiges Verfahren, namentlich soweit letzteres dem Zuschlage vorangeht, vom Civilrichter, wenn er sich nicht als Aufsichtsbehörde gerieren will, wegen mangelnder Zuständigkeit ausser Berücksichtigung zu lassen sind. Dies hat aber zur Folge, dass nach einmal erfolgtem Zuschlage den grössten vom Amte begangenen Gesetzwidrigkeiten gegenüber die Aufsichtsbehörden machtlos<sup>116)</sup> und die (an sich zur Beschwerdeführung legitimierten) Beteiligten schutzlos sind. Den letztern bietet die Möglichkeit einer Schadensersatzklage aus Art. 5 B. G., auf die man sie regelmässig hinweist, einen schwachen Trost.

---

<sup>116)</sup> Im Gefühl dieser Machtlosigkeit verzichten denn auch bisweilen die Aufsichtsbehörden darauf, einen angefochtenen Zuschlag aus betreibungsrechtlichen Gründen aufzuheben: so Archiv V, Nr. 140: Dem Begehren um Aufhebung der Guthabensversteigerung kann deshalb nicht entsprochen werden, „weil eine solche Aufhebung an den tatsächlichen Verhältnissen entweder überhaupt nicht zu ändern vermöchte, oder doch nur Verwirrung in dieselben tragen würde.“ — Ferner E. B. XXXI Nr. 31: Rekurrent machte geltend, das Betreibungsamt habe gesetzwidrig gehandelt, indem es die Verwertung durch freihändigen Verkauf statt durch Versteigerung vornahm. Das Bundesgericht erklärt: „Ein Entscheid über diese Frage hat aber, nachdem der Verkauf effektuiert und vollzogen worden ist, keine aktuelle Bedeutung mehr, da ja die angefochtene Verfügung des Betreibungsamtes nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.“ — Im gleichen Sinne Archiv IX Nr. 38 Erwg. 1.

## B. Bei öffentlichrechtlicher Auffassung des Steigerungsgeschäftes.

a) Sieht man von der positivrechtlichen Ordnung der Kompetenzfrage in Art. 17 B. G. ab, so lässt sich sagen, dass unsere Auffassung des Steigerungsgeschäftes als einer betriebsamtlichen Verfügung und lediglich einer solchen die Frage an sich nicht präjudiziert, ob den Aufsichtsbehörden oder den Gerichten die Zuständigkeit zukommen soll, über die rechtliche Gültigkeit und die Wirkungen der Zuschlagserklärung zu erkennen.

Einerseits folgt aus der Natur des Zuschlages als amtlicher Verfügung nichts gegen die Möglichkeit der richterlichen Kompetenz. Das Gesetz hat vielfach für gut befunden, den Richter zum Erlass oder zu oberinstanzlicher Ueberprüfung von betriebsrechtlichen Verfügungen zuständig zu erklären.<sup>117)</sup> Civilrechtliche Fragen kommen dabei nicht oder doch nur indirekt als Präjudizialpunkte in Betracht.

Umgekehrt kann daraus, dass die Zuschlagsverfügung Privatrechte zur Entstehung bringt, nicht geschlossen werden, dass nun die auf solche Rechte bezüglichen „reinen Civilrechtsfragen“ nur der ordentliche Richter zu entscheiden befugt sein könne. Indem die herrschende Auffassung diesen Schluss zieht, scheint sie uns die Stellung der Aufsichtsbehörden und die Natur ihrer Funktionen zu verkennen und einen in dieser Schroffheit nicht gerechtfertigten Gegensatz zu schaffen zu der Stellung und den Funktionen des ordentlichen Richters.<sup>118)</sup> Das Vollstrecken eines Rechtes ist, wie schon be-

<sup>117)</sup> Beispiele: Die Verfügung, welche in der Aufnahme oder der Nichtaufnahme einer Forderung in den Kollokationsplan liegt; Zulassung eines verspäteten Rechtsvorschlages, Konkurserklärung oder -widerruf, Arrestaufhebungsklage.

<sup>118)</sup> Vielfach werden die Aufsichtsbehörden als Administrativbehörden bezeichnet und im Sinne der Trennung von Verwaltung und Justiz zu den richterlichen Behörden im Gegensatz gebracht: der Richter prüft die streitige Civilrechtssache und fällt das Urteil; die Verwaltungsbehörde (Betriebsamt unter Kontrolle der Aufsichtsbehörde) hat das Urteil zu vollziehen. Das passt zunächst schon insoweit nicht auf den wirklichen Rechtszustand, als zum grossen Teil richterliche Behörden oder Ausschüsse

merkt (oben p. 282), nicht lediglich tatsächliche Zwangsausübung, sondern gleichzeitig ein rechts-, und speziell vielfach ein privatrechtsgestaltendes und -umgestaltendes amtliches Handeln. Wenn deshalb die Aufsichtsbehörden die Verfügungen des Betreibungsamtes nachzuprüfen haben, so würde man ihre Funktion zu einseitig charakterisieren, wollte man in der Vollstreckungsbehörde nicht gleichzeitig auch den Vollstreckungsrichter sehen, der über wirkliche (durch den betreffenden betreibungsamtlichen Akt begründete oder modifizierte) Privatrechte zu erkennen geeignet ist. Und umgekehrt charakterisiert sich die Tätigkeit des Civilrichters im engeren Sinne vielfach nicht als Festsetzung von ausserhalb des Prozesses durch privatrechtlichen Akt entstandenen Civilrechten, sondern als Schaffung oder Verwirklichung von solchen Rechten im Prozess selbst (Konstitutives Urteil, s. oben p. 282 und Note 47). Von diesem Standpunkte aus muss man aber dazu gelangen, in der Frage, ob über Civilrechte, die das Betreibungsamt durch Verfügung zur Entstehung bringt — wie beim Zuschlage —, die Aufsichtsbehörden oder die Gerichte als dem Amte übergeordnete Instanzen erkennen sollen, keine Frage prinzipieller Natur zu erblicken, wofür sie die geltende Meinung hält, sondern eine solche praktischer Zweckmässigkeit. Für die Kompetenz der Aufsichtsbehörden spricht etwa der im Interesse einer prompten Abwicklung des Betreibungsverfahrens liegende raschere und formlosere Prozessgang vor genannten Behörden und vor allem die Erwägung, dass die

---

von solchen die Funktionen der Aufsichtsbehörden versehen, (wie dies auch unter dem früheren kantonalen Betreibungsrechte schon der Fall war, vergl. v. Wyss, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. VII p. 88). Namentlich aber geht es u. E. nicht an, sachlich die Tätigkeit der Betreibungsämter und Aufsichtsbehörden der Verwaltung im eigentlichen Sinne, demjenigen des Verwaltungsrechtes, beizuzählen. Von dieser unterscheidet sich die genannte Tätigkeit in wesentlicher Weise dadurch, dass sie es mit materiellen Rechtsverhältnissen nicht des öffentlichen Rechtes, sondern des Privatrechtes zu tun hat. Sie bildet als Vollstreckung — neben dem Civilprozesse im engeren Sinne — einen Teil der Civilrechtspflege, der behördlichen Feststellung und Verwirklichung von — wenigstens regelmässig — privatrechtlichen Rechtsansprüchen.

Prüfung der Zuschlagsverfügung bei denjenigen Amtsstellen verbleiben sollte, welche über die mit ihr eng zusammenhängenden vorangehenden und nachfolgenden Betreibungshandlungen zu erkennen haben, und dass die durch die Zuschlagsverfügung selbst geschaffenen Rechtsbeziehungen nicht nur civil-, sondern auch betreibungsrechtlicher Natur sind. Für die Zuständigkeit des ordentlichen Civilrichters lässt sich, (namentlich bei der gegenwärtigen Ordnung des Beschwerdeverfahrens), auf die grösseren Garantien hinweisen, welche der Civilprozessweg für eine richtige Entscheidung der streitigen privatrechtlichen Ansprüche bietet.

Will man — *de lege ferenda* gesprochen — die Kognition über die Zuschlagsverfügung (Recht auf Anfechtung und auf Erteilung des Zuschlages und Rechte aus dem Zuschlage und dessen Vollzuge) dem Richter zuweisen, so kann dies sachgemäss nur als Ganzes geschehen, d. h. sowohl bezüglich der materiell- als der betreibungsrechtlichen Beziehungen und ferner bezüglich aller in solchen Beziehungen stehenden Beteiligten. Eine Teilung der Kompetenzen zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten, je nachdem es sich um die Geltendmachung betreibungs- oder civilrechtlicher Ansprüche handelt, muss unseres Erachtens, soweit sie überhaupt bei der Konnexität dieser Beziehungen denkbar ist, in der Praxis zu Komplikationen führen. Und sodann kann es sich, wenn die richterliche Zuständigkeit Platz greifen soll, bei der Kognition über die Zuschlagsverfügung nicht um einen gewöhnlichen Civilprozess, wie zwischen zwei Vertragskontrahenten, einem Verkäufer und einem Käufer, handeln, sondern müssen sämtliche bei der Zuschlagsverfügung Beteiligten (p. 276 Ziff. 3) befugt sein, ihre rechtlichen Interessen durch Klage vor Gericht oder durch Zuziehung zu dem von anderer Seite aus hängig gemachten Prozesse zur Geltung zu bringen. Indem die Kaufvertragstheorie dazu kommen muss, im Prozesse nur die zwei Vertragsparteien einander gegenüber zu stellen, setzt sie alle anderen Beteiligten ungerechtfertigterweise zurück.

b) Nach geltendem Rechte hat man von unserer Auffassung des Zuschlages als reiner betreibungsrechtlicher Ver-

fügung aus die zuständigen Oberinstanzen in den Aufsichtsbehörden zu sehen, da das Gesetz eine ausdrückliche Uebertragung von Kompetenzen an den Richter, wie Art. 17 sie erfordern würde, in vorwürfiger Materie nicht vornimmt. Die Tragweite dieser Kompetenzzuteilung ist bereits oben, im Zusammenhang mit der Darstellung des Rechtsinstitutes der Zwangsversteigerung in materieller Hinsicht, im einzelnen entwickelt worden. Hier genügt es, zusammenfassend zu bemerken: Die Aufsichtsbehörden haben zu befinden über die Ansprüche auf Erteilung (Erlass) und auf Anfechtung (Aufhebung) der Zuschlagsverfügung und über Ansprüche, die aus dieser Verfügung oder aus mit deren Vollzug zusammenhängenden betreibungsamtlichen Handlungen entspringen, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese Ansprüche civil- oder betreibungsrechtlichen Charakter haben (z. B. Anspruch auf Eigentumsübertragung des Steigerungsobjektes einer- und Anspruch auf Aufhebung des Zuschlages wegen mangelhaften Verfahrens andererseits). Dagegen ist die Kompetenz der Aufsichtsbehörden beschränkt auf die im Betreibungsverfahren selbst geltend zu machenden Ansprüche. Rechte, die, wenn auch im Verfahren entstanden, doch nach Umfang und Zweck desselben nicht darin, unter Mitwirkung des Betreibungsamtes zur Durchführung zu bringen sind, sondern ausserhalb des Verfahrens vom Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten, unterstehen nicht mehr der Kognition der Aufsichtsbehörde als der in Bezug auf das Steigerungsgeschäft zuständigen Oberinstanz.

## II. Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung im Konkurse.

Wie bei der Steigerung im Betreibungs-, so läuft auch bei derjenigen im Konkursverfahren die Frage nach der rechtlichen Natur des Steigerungsgeschäftes auf diejenige nach der rechtlichen Natur der Zuschlagserklärung hinaus: Entscheidend ist, ob diese Erklärung als Willenserklärung eines privatrechtlichen Vertragskontrahenten oder als solche einer eine

Verfügung treffenden Behörde zu gelten habe.<sup>119)</sup> Gleichzeitig den einen und den andern Charakter kann auch hier der nämliche Willensinhalt nicht besitzen (s. oben p. 87 und Note 11 daselbst).

Unsere Antwort auf die gestellte Frage ergibt sich im wesentlichen bereits aus den frühern, die Steigerung im Betreibungsverfahren betreffenden Ausführungen, da dieselben auf die Bestimmungen, mit welchen das Gesetz in den Art. 256/59 die Steigerung im Konkursverfahren regelt, in entsprechender Weise passen.

**I.** Dies gilt zunächst bezüglich des gegen die Kaufvertragstheorie gerichteten kritischen Teiles unserer bisherigen Erörterungen (oben I. Abschnitt, p. 86—116). Namentlich bietet sich auch hier für die privatrechtliche Auffassung des Steigerungsgeschäftes die schwierige Frage, wer als Verkäufer zu betrachten sei:

1. Vorab kann Verkäufer nicht das amtliche Organ sein, welches den Zuschlag erteilt oder dessen Erteilung anordnet. Das „Konkursamt“ als Vertragspartei zu bezeichnen — wie es der bundesrätliche Entscheid i. S. Schwab, Archiv III Nr. 72 tut — kommt auch hier darauf hinaus, den Staat zum Verkäufer zu machen (oben p. 91 ff. Ziff. 2). Das Gleiche ist bezüglich einer vom Konkursamt verschiedenen (Art. 237 Abs. 2) „Konkursverwaltung“ zu sagen. Auch dieselbe ist kein Rechts-subjekt des Privatrechtes, das Vertragspartei sein könnte, sondern ein Organ, durch welches sich die staatliche Vollstreckungsgewalt äussert, freilich ein nur vorübergehend während des betreffenden Konkursverfahrens und für dessen Durchführung bestehendes und funktionierendes Organ. Das Näm-

---

<sup>119)</sup> Es kann deshalb für die Frage nach der rechtlichen Natur des Steigerungsgeschäftes nicht darauf ankommen, ob der Zuschlag, wie bei uns, durch einen einzelnen Beamten, oder, wie im deutschen Liegenschaftsverwertungsverfahren, durch Beschluss einer kollegialen Gerichtsbehörde (Amtsgericht als Vollstreckungsgericht) erfolgt. Sonst müsste man in gleicher Weise und aus gleichem Grunde z. B. auch der Anweisung einer Forderung an den Pfändungsgläubiger für unser Recht (Art. 131 B. G.) einen andern Charakter beilegen als für das deutsche (Reichscivilprozessordnung § 828, §§ 835 ff). — Anders Reichel, Art. 133 Note 2.

liche gilt endlich, wenn die Erteilung des Zuschlages einer besondern Beamtung des kantonalen Rechtes (Weibel etc.) übertragen ist (vergl. oben p. 90 Note 14).

2. Als unmöglich erscheint es uns sodann auch, im Konkursbeamten, bezw. den Mitgliedern der Konkursverwaltung, bezw. dem kantonalrechtlich vorgesehenen besondern Steigerungsbeamten den oder eventuell die mehreren Verkäufer zu erblicken, wofür auf das oben p. 90 Ziff. 1 Gesagte verwiesen wird.

3. Auch für die Konkursgläubiger passt die Verkäuferrolle nicht. Eine solche Konstruktion ist u. E. um so gekünstelter, als man es bei der Konkursliquidation, im Gegensatz zu der Pfändungs- und Pfandverwertungsbetreibung, regelmässig mit einer grossen Zahl exequirender Gläubiger zu tun hat, die hier freilich rechtlich in einer engern Gemeinschaft stehen. Zur Begründung verweisen wir auf das oben p. 93 ff. Ziff. 3 Gesagte.

4. Dagegen glauben wir — entsprechend der Möglichkeit, die wir schon oben (p. 97/98 und Note 20 daselbst) für die Pfändungs- bezw. Pfandverwertungssteigerung vorbehalten haben — zugeben zu müssen, dass der Gemeinschuldner Partei sein kann bei einem privatrechtlichen Vertrage, kraft dessen eine Entäusserung eines Masseobjektes an einen Dritten stattfindet. Der Dritte ist dann, was seinen Anspruch auf Uebertragung des Objektes anbetrifft, Gläubiger des Gemeinschuldners. Dieser muss sich den Abschluss des Vertrages in seinem Namen durch das zuständige Konkursorgan gefallen lassen wegen des Konkursbeschlages, der auf dem Objekte lastet und der zu seiner Entäusserung als einem Akte der Konkursliquidation berechtigt.

Trotzdem lässt sich die konkursrechtliche Zwangsversteigerung nicht in dieser Weise als privatrechtlichen Kaufvertrag auffassen, da dem die folgenden, bereits bezüglich der betreibungsrechtlichen Steigerung näher erörterten Einwendungen gleicherweise entgegenstehen:

Der angebliche Kaufvertrag hat nicht die Festigkeit eines gewöhnlichen privatrechtlichen Vertrages, sondern kann nach-

träglich aus betriebsrechtlichen Gründen, die mit seiner civilistischen Gültigkeit nichts zu tun haben, wieder zu Falle gebracht werden (oben p. 98 ff.).

Die Rückübertragung der verkauften Liegenschaft nach erfolgter „Vertragsauflösung“ wegen Verzuges des Ersteigerers findet auch hier durch eine amtliche Verfügung statt (Art. 259 rückweisend auf Art. 143) und die Schlüsse, die daraus gegen die Annahme eines gewöhnlichen Vertragsabschlusses und Rücktrittes vom Vertrag sich ziehen lassen (oben p. 102 ff. sub B) gelten deshalb in gleicher Weise.

Endlich lässt sich auch hier das durch den Zuschlag zustande gekommene Privatrechtsverhältnis nicht als Kaufvertragsverhältnis ansehen, sondern nur als ein Rechtsverhältnis sui generis (oben p. 107 ff.).

**II.** Andererseits wollen die Ausführungen, durch welche wir in Abschnitt II (p. 275 ff.) den Charakter der betriebsrechtlichen Zwangsversteigerung als einer Verfügung darzutun versuchten, für die konkursrechtliche Steigerung entsprechend Geltung beanspruchen. Diejenigen Vorschriften, welche das Gesetz in den Art. 256/59 speziell für die Konkurssteigerung aufstellt, erklären sich, soweit man es dabei wirklich mit materiellen Abänderungen von den Regeln über die betriebsrechtliche Steigerung zu tun hat, aus der besondern Natur des Konkursverfahrens, namentlich seinem Charakter einer Generalliquidation des schuldnerischen Vermögens; so die Abweichung vom Deckungsprinzip in Art. 258. Es spricht aber nichts dafür, dass durch diese Abänderungen das Rechtsinstitut der Zwangsversteigerung als solches in seinem Wesen habe alteriert werden wollen gegenüber der Gestaltung, die ihm für das Betreibungsverfahren gegeben worden ist. Im Gegenteil wird in Art. 259 bezüglich der theoretisch bedeutsamsten Punkte ausdrücklich auf die einschlägigen Vorschriften über die betriebsrechtliche Steigerung verwiesen. Insbesondere gilt Art. 143 Abs. 1 auch im Konkurse.

Danach handelt auch hier derjenige, welcher den Zuschlag erteilt, bzw. auf dessen Anordnung er erteilt wird, nicht in privatrechtlicher, sondern behördlicher Weise.

Dass er dies vermag, ist zunächst klar, wenn man es mit dem Konkursamte (als Konkursverwaltung) zu tun hat — dessen Handlungen, wenn sie sich nach aussen richten, ja regelmässig Verfügungen im Sinne des Art. 17 B. G. sind —, oder wenn eine besondere kantonale Steigerungsbehörde mit der Erteilung des Zuschlags betraut ist. Nicht anders verhält es sich aber auch mit einer aus Privatpersonen sich zusammensetzenden Konkursverwaltung. Denn auch den Handlungen einer solchen kommt gleicherweise und unter den gleichen Voraussetzungen wie denjenigen des als Konkursverwaltung tätigen Konkursamtes der Charakter von Verfügungen zu (Art. 241 rückweisend auf Art. 17/19). Daran ändert nichts, dass sie ein von der Gläubigerschaft bestelltes Konkursorgan ist (Art. 237 Abs. 2); denn das besagt nicht, dass das Organ, wenn einmal bestellt, nicht Inhaber amtlicher, publizistischer Befugnisse sein könnte. Ob es dabei, (was uns richtig scheint), wie das Konkursamt und in derselben objektiven Stellung zu gleichmässiger Wahrung der gesetzlichen Interessen aller Beteiligten, namentlich auch des Gemeinschuldners, berufen sei, oder ob man in ihm eine Interessenvertretung lediglich der Gläubigerschaft zu erblicken habe, ist für den Charakter des Zuschlages als Verfügung nicht von wesentlicher Bedeutung.

Durch die Zuschlagsverfügung bei der Konkurssteigerung entstehen ebenfalls privatrechtliche Rechtsbeziehungen, die einem Kaufvertragsverhältnis ähnlich, aber nicht gleich sind (oben p. 292 ff. sub 4); namentlich ein Anspruch des Gemeinschuldners, (der Eigentümer des Massevermögens verbleibt), auf Bezahlung des Erlöses, welcher Anspruch, weil dem Konkursbeschlage unterstellt, als Massegut zur Liquidation gelangt; und ein (vom zuständigen Konkursorgan zu erfüllender) Anspruch des Ersteigerers auf Eigentumsübertragung. Diese Rechtsbeziehungen erfahren auch hier mit ihrer Entstehung gleichzeitig ihre behördliche Feststellung (oben p. 288 ff. sub 2) und die Ansprüche der Berechtigten kommen, soweit es der Konkurszweck erfordert, im Konkurse zur Vollstreckung (oben p. 290 sub 3, ect.). Auch hier hat man es nicht nur mit zwei einander gegenüberstehenden Parteien zu tun, sondern

mit einer Mehrzahl bei einem amtlichen Verfahren beteiligter Parteien: Gemeinschuldner, Konkursgläubiger (Chirographar- und Pfandgläubiger), am Exekutionsobjekt (anders als Pfandgläubiger) dinglich Berechtigte, Ersteigerer, dessen Bürge und Dargeber von Realkautions-, Mitbieter (s. oben p. 277 f). Für die grundsätzliche Richtigkeit all' dessen kann auf die frühere Darstellung der betreibungsrechtlichen Versteigerung verwiesen werden. Von einer detaillierten Darstellung der Konkurssteigerung im gleichen Sinne, die zu einem erheblichen Teile in einer Wiederholung von früher Gesagtem bestehen müsste, glauben wir nach der uns gestellten Aufgabe einer Untersuchung des Wesens der Zwangsversteigerung absehen zu können, da u. E. dadurch in grundsätzlicher Beziehung keine für die Lösung der Frage wesentlichen neuen Ergebnisse mehr zu gewinnen wären.

### III. Bemerkungen de lege ferenda.

Zum Schlusse erlauben wir uns noch eine kurze Ansichtsausserung darüber, wie in einzelnen wichtigern Punkten die spätere Revision des Gesetzes in Bezug auf die Zwangsversteigerung sich gestalten sollte.

I. Zunächst kann es u. E. nicht in der Aufgabe des Gesetzgebers liegen, über die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung im Gesetze selbst sich auszusprechen, weder zu Gunsten der Kaufvertrags- noch zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Theorie. Vielmehr sollte er sich, wie bisher (oben p. 84 ff. I), darauf beschränken, die auf die Zwangsversteigerung bezüglichen konkreten Rechtssätze aufzustellen, während es am besten der Doktrin und Praxis überlassen bleibt, zur vollständigen Erfassung des Gesetzesinhaltes, des ausgesprochenen und nicht ausgesprochenen, der am tauglichsten scheinenden Konstruktion sich zu bedienen.

Diese Erwägung, von der sich das deutsche Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. März 1897 leiten liess,<sup>120)</sup> scheint uns

---

<sup>120)</sup> Motive p. 118, 225 und 259, erwähnt bei Jaeckel, Kommentar zum Reichsgesetz, § 81 Note 2, p. 277/78.

der Entwurf zum abgeänderten schweizerischen Obligationenrecht (V. Teil des Civilgesetzentwurfes) zu gering zu achten, wenn er, wie aus seinem Art. 1274<sup>121)</sup> zu entnehmen ist, nunmehr die Kaufvertragstheorie gesetzlich sanktioniert. Muss diese auch bei uns als die derzeitig herrschende gelten, so steht doch nicht fest, dass sie nicht später durch die öffentlich-rechtliche abgelöst werden wird (wie z. B. auch in Bezug auf die Natur der Expropriation eine solche Aenderung in den Anschauungen sich vollzogen hat, oben p. 81). Damit aber ist die Möglichkeit gegeben, dass man durch eine derartige gesetzliche Lösung der Konstruktionsfrage eine hemmende Fessel für die spätere Rechtsprechung schafft. Dass diese Konstruktionsfrage für unser Recht ihre praktische Bedeutung besitzt, glauben wir oben in verschiedenen Beziehungen dargetan zu haben.<sup>122)</sup> Ihre Bedeutung tritt übrigens in einem der wichtigsten Punkte, nämlich bezüglich der Kompetenzausscheidung zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten, gerade aus einer durch den Entwurf getroffenen Aenderung der bisherigen Praxis zu Tage. Während diese nämlich — von ihrem vertragsrechtlichen Standpunkte aus konsequenterweise<sup>123)</sup> — zu der Anschauung gelangt ist, dass, wenn die Uebertragung des Steigerungsobjektes auf den Ersteigerer stattgefunden hat, über den Rückforderungsanspruch als über eine „reine Civilrechtsfrage“ nur der Richter entscheiden könne, anerkennt jetzt der Entwurf offenbar die praktische Mangelhaftigkeit dieses Rechtszustandes, indem er ausdrücklich die Kompetenz der Aufsichtsbehörden statuiert.<sup>124)</sup> Damit kommt er aber andererseits zu der

---

<sup>121)</sup> „Der Kaufvertrag auf einer gerichtlichen Zwangsversteigerung wird dadurch abgeschlossen, dass der Versteigerungsbeamte nach Massgabe der Versteigerungsbedingungen die Annahme des Angebotes erklärt.“

<sup>122)</sup> In materieller Beziehung: s. oben p. 293 sub b und Note 59 daselbst, samt den dortigen Verweisungen. — In betreibungsprozessualischer Beziehung: Note 59 cit. sub h. — In Betreff der Kompetenzausscheidung zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten: oben p. 332 ff.

<sup>123)</sup> Allerdings nicht ohne in einem Punkte durch den klaren Gesetzestext (Art. 143 Abs. 1) widerlegt zu werden, s. oben p. 103 ff.

<sup>124)</sup> Art. 1826 des Entwurfes schreibt vor, dass mit dem Inkrafttreten des Civilgesetzbuches dem Betreibungsgesetz als Art. 136 a die Bestimmung

Anomalie, dass er den Aufsichtsbehörden, welche sonst durchwegs nur über amtliche Verfügungen<sup>125)</sup> zu befinden haben (Art. 17 B. G.), ein Civilrechtsgeschäft zur Beurteilung überweist, sie über den zwischen den Kontrahenten streitigen „auf einer gerichtlichen Zwangsversteigerung abgeschlossenen Kaufvertrag“ (Art. 1274 cit.) entscheiden lässt.

II. Im weitern würden wir es für zweckmässig halten, dass die für die Zwangsversteigerung geltenden besondern Rechtssätze sämtliche im Betreibungsgesetze ihre Stelle finden, da das Rechtsinstitut, selbst wenn man es vom Gesichtspunkte der Verkaufstheorie aus betrachtet,<sup>126)</sup> ein Bestandteil des Betreibungsverfahrens bildet und aus dem Zusammenhang desselben sich nicht lösen lässt. Natürlich würden neben den in das Betreibungsgesetz aufzunehmenden der Zwangsversteigerung eigenen Rechtssätzen (betreffend Eigentumsübergang, Ausschluss der Gewährspflicht, Regelung des Schadensersatzanspruches gegen den fol enchérisseur etc.) immer noch die ordentlichen Bestimmungen des Civilgesetzbuches beizuziehen sein, soweit sie auf die Zwangsversteigerung passen. Im Abschnitt des Civilgesetzes, der von der freiwilligen Versteigerung handelt, wäre für die Zwangsversteigerung die besondere im Betreibungsgesetz gegebene Ordnung vorzubehalten.

Auch in dieser Beziehung befinden wir uns im Gegensatze zum Entwurfe, der in seinen Art. 1274/78 der zwangsweisen Versteigerung zusammen mit der freiwilligen, als zwei besondern Arten des Kaufes, eine nähere Regelung zu Teil werden lässt.

III. Was nun die materielle Gestaltung des Rechtsinstitutes bei einer spätern Gesetzesrevision anbelangt, so glauben wir

---

eingefügt werde: „Der Eigentumserwerb des Steigerungskäufers kann nur auf dem Wege der Beschwerdeführung mit dem Verlangen der Aufhebung des Zuschlages angefochten werden.“

<sup>125)</sup> Freilich unter Umständen über Verfügungen mit privatrechtlichen Wirkungen, oben p. 343.

<sup>126)</sup> E. B. XXX<sup>1</sup> Nr. 31: „Immerhin weist ein solches Kaufgeschäft bezüglich der Art und Weise seines Zustandekommens das Besondere auf, dass es den Abschluss und das Endziel des vorangegangenen Verwertungsverfahrens bildet.“

im einzelnen die folgenden Punkte namhaft machen zu sollen:

1. Bei der Ordnung des Rechtes zur Anfechtung des Zuschlages dürfen u. E. namentlich zwei, einander entgegengesetzte Erwägungen nicht ausser Acht gelassen werden.

Einmal ist in möglichst wirksamer Weise dafür zu sorgen, dass Mängel des Zuschlages, durch die rechtliche Interessen Einzelner verletzt worden sind, trotz des Zuschlages noch gehoben werden können. Hierauf hat die bisherige Praxis namentlich insofern nicht die gebührende Rücksicht genommen, als sie eine Anfechtung des Zuschlages aus betriebsrechtlichen Gründen, wenigstens nach erfolgter Eigentumsübertragung, vielfach ausschliesst und auf Grund der Verkaufvertragstheorie folgerichtig auch ausschliessen muss (vergl. oben p. 341 und Note 116 daselbst).

Auf der andern Seite erfordert das Interesse des Ersteigerers an einem gesicherten Erwerbe des Steigerungsobjektes und das Interesse anderer Beteiligter, bei diesen besonders dasjenige an einer günstigen Verwertung des Objektes, dass die Möglichkeit zur Anfechtung des Zuschlages eine zeitlich begrenzte sei, damit von einem bestimmten Momente an Gewissheit bestehe, dass die erfolgte Verwertung für und gegen den Ersteigerer gültig ist. Deshalb erweist sich die Vorschrift in Art. 17 B. G., wonach eine Verfügung der Anfechtung durch Beschwerde unterliegt, „binnen zehn Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat,“ als für die Zuschlagsverfügung ungeeignet, insofern die Kenntnisnahme unter Umständen erst lange nach dem Erlass der Verfügung erfolgen kann.

Das Gesagte würde uns nun, was zunächst die Liegenschaftssteigerung anbetrifft, folgende Regelung als wünschenswert erscheinen lassen: Jeder Beteiligte (s. oben p. 276 Ziff. 3) kann den Zuschlag anfechten innert der ordentlichen zehntägigen Frist seit seiner Kenntnis des dem Verfahren anhaftenden Mangels, um dessentwillen der Zuschlag ihn in seinen rechtlichen Interessen verletzt. Eine solche Anfechtung des Zuschlages ist indessen ausgeschlossen nach Ablauf

einer gewissen Zeit (etwa zweier Monate) vom Zuschlage an.<sup>127)</sup> Die Eigentumsübertragung an den Ersteigerer soll, wie gegenwärtig, sofort nach dem Zuschlage<sup>128)</sup> geschehen. Ebenso erfolgt sie unter dem Vorbehalte der Rechtsgültigkeit des Zuschlages, derart, dass im Falle einer Aufhebung des letztern die Rückübertragung auf den bisherigen Eigentümer im Betreibungsverfahren, als Vollzugsmassnahme der den Zuschlag aufhebenden Verfügung (Beschwerdeentscheid) stattfindet (wie dies bei der Rückgängigmachung des Zuschlages wegen Verzuges des Ersteigerers anerkanntermassen Rechtens ist, Art. 143 Abs. 1, oben p. 104). Unter diesem Vorbehalt soll der Ersteigerer die Liegenschaft weiter veräussern oder belasten dürfen, da ein genügender Grund nicht vorliegt, dieselbe einer Verfügungsbeschränkung zu unterwerfen, sie im Rechtsverkehr still zu stellen, sobald für die Möglichkeit gesorgt ist, die allfällige (übrigens verhältnismässig selten notwendig werdende) Wiedereinbeziehung des Objektes in die Betreibung direkt auf exekutionsrechtlichem Wege zu bewirken. Gegenüber den Dritterwerbenden von dinglichen Rechten (Eigentum, Pfandrecht etc.) am Steigerungsobjekte würde die genannte Möglichkeit dadurch geschaffen, dass im Grundbuch als Eigentumserwerbstitel des Ersteigerers die Zuschlagsverfügung und deren Datum vorgemerkt wird (vergl. Art. 1008 Abs. 3 des Civilgesetzentwurfes). Das Datum im besondern würde erzeugen, ob und innert welcher Frist noch eine betreibungsrechtliche Rückübertragung zu gewärtigen stehe. Gegenüber der Verfügung auf Rückübertragung müsste der betreffende Dritteigentümer beschwerdeberechtigt sein.

Auch bei der Mobiliensteigerung würden wir die Ansetzung einer derartigen Anfechtungsfrist, die hier kürzer (etwa

<sup>127)</sup> Eine Befristung des Anfechtungsrechtes in diesem Sinne scheint uns namentlich geboten in Hinsicht auf den Fall, wonach der Ersteigerer sich auf einen Willensmangel seiner Meistgebotserklärung beruft. Er kann diese Einwendung nur im Verfahren selbst geltend machen (oben p. 300); damit nun aber sein Anfechtungsrecht für ihn praktischen Wert besitzt, darf dessen Ausübung an keine zu kurze Frist gebunden sein.

<sup>128)</sup> Sofern man den Eigentumsübergang nicht Kraft des Zuschlages selbst eintreten lassen will.

auf zwei Wochen) bemessen werden könnte, für zweckmässig halten. So lange diese Frist nicht abgelaufen ist, hätte der Ersteigerer dafür einzustehen, dass das Objekt bei Aufhebung des Zuschlages von seinem Eigentümer für die Wiedereinbeziehung in die Betreibung unbeschwert zur Verfügung gestellt wird. Die Aushandlung des Objektes dürfte (wenn der Erlös bezahlt ist, Art. 129 Abs. 2) vor Ablauf der Anfechtungsfrist erfolgen, vielleicht immerhin gegen Leistung einer Barkaution zur Sicherung der Schadensersatzansprüche, die gegen den Ersteigerer bei unterbliebener rechtzeitiger Rückgabe des Objektes erwachsen könnten.

Für die Möglichkeit einer Rückgängigmachung des Zuschlages auf exekutionsrechtlichem Wege sorgt bei der Liegenschaftssteigerung gegenüber dem Ersteigerer, wie gesagt, schon Art. 143 Abs. 1. Gegenüber Dritterwerbenden von Rechten am Steigerungsobjekt würde die Zuschlagsverfügung durch die oben genannte Eintragung im Grundbuche betreibungsrechtlich wirksam. Infolge dieser Eintragung finden sich die genannten Personen in Stand gesetzt und censiert, bei ihrem Rechtsenerwerb von den Zahlungsbedingungen, welchen ihr Rechtsurheber als Ersteigerer zu genügen hat, durch Einsichtnahme des Steigerungsprotokolles Kenntnis zu erhalten und ihre Interessen in Hinsicht auf die Folgen einer „nicht rechtzeitigen Zahlung des Erlöses“ wahren zu können. Bei der Fahrnissteigerung bildet das schon bestehende Verbot zur Herausgabe des Objektes vor stattgefundener Zahlung (Art. 129 Abs. 2) eine hinreichende Kautel für die Bedürfnisse des Betreibungsverfahrens.

2. Wie sich aus den frühern Erörterungen (oben p. 332 ff.) ergeben hat, ist eine Kompetenzverteilung zwischen den Aufsichtsbehörden und den Gerichten bezüglich der verschiedenen Rechtsverhältnisse praktisch untunlich, welche mit dem Zuschlag, dessen Vollziehung und dessen Aufhebung zusammenhängen und die bei Durchführung der Betreibung selbst ihre Feststellung und Abwicklung erfahren sollen. Es müssen deshalb die einen oder die andern dieser Behörden die alleinige Entscheidungsbefugnis erhalten. Am zweckmässigsten

wird sie u. E. den Aufsichtsbehörden zugewiesen, wie dies übrigens von unserm Standpunkte aus dem geltenden Rechte bereits entspricht (oben p. 344, b). In Hinsicht auf die abweichende Praxis wäre diese Kompetenzzuteilung in allgemeiner Weise<sup>129)</sup> gesetzlich festzulegen.

Dabei postulieren wir aber, dass das Beschwerdeverfahren, ohne seinen Charakter einer rasch fortschreitenden exekutionsrechtlichen Prozessart zu verlieren, die gehörigen Garantien dafür bieten soll, dass die in Betracht kommenden, für die Interessenten häufig sehr wichtigen Rechtsfragen einer allseitigen und zuverlässigen Prüfung teilhaftig werden. Namentlich muss der Grundsatz des rechtlichen Gehöres aller Beteiligten, mit dem es die Praxis im Beschwerdeprozess oft wenig streng nimmt, bestimmt zur Anerkennung gelangen.

3. Notwendig scheint es uns ferner, eine Abänderung des geltenden Rechtszustandes (oben p. 278 Note 41 sub b) dahin, dass der Dritteigentümer des Pfandes, das zur betriebsrechtlichen Verwertung gelangen soll, wie im Betreibungsverfahren überhaupt, so namentlich in Bezug auf die Zuschlagsverfügung, deren Vollziehung und Rückgängigmachung die Stellung eines Beteiligten (oben p. 276 Ziff. 3) zugewiesen erhält, d. h. dass er (neben dem Schuldner) als Betriebener gilt, indem das Verfahren nicht bloss als Exekution einer gegen den Schuldner zustehenden Forderung, sondern gleichzeitig als Exekution in Vermögen des Dritteigentümers sich charakterisiert. Die Interessen des letztern in betriebsrechtlicher Hinsicht decken sich mit denjenigen des Schuldners nicht und werden deshalb von diesem vielfach nicht mit der nötigen Sorgfalt

---

<sup>129)</sup> Die oben in Note 124 citierte Bestimmung des Entwurfes, welche als Art. 136 a dem Betreibungsgesetz eingefügt werden soll, statuiert nur in einem beschränkten Gebiete die Kompetenz der Aufsichtsbehörden gegenüber der durch die bisherige Praxis anerkannten der Gerichte. Es würden daneben eine Reihe von andern Fällen verbleiben, bezüglich der die Kaufvertragstheorie nach wie vor zur Anerkennung der richterlichen Kompetenz kommen könnte (Streit über die Unverbindlichkeit des noch nicht erfüllten Kaufvertrages wegen Willensmängeln, über die Berechtigung zum Vertragsrücktritte, Klage des Käufers auf Aushändigung der Kaufsache etc.).

gewahrt werden, abgesehen davon, dass der Dritteigentümer beanspruchen kann, seine Interessen selbst zu verfechten, in eigener Person gegen ihm nachteilige Ungesetzlichkeiten des Verfahrens (z. B. Zuschlag unter dem Schätzungspreise in den Fällen der Art. 126 und 141) aufzutreten. Unberührt durch das Gesagte bleibt die Frage nach dem Bestande des Pfandrechtes an dem in das Betreibungsverfahren einbezogenen Objekte, welche Frage einen Präjudizialpunkt für die Zulässigkeit einer das Objekt erfassenden Betreibung bildet, mit derjenigen nach der prozessualisch richtigen Durchführung der Betreibung aber sonst nichts zu tun hat und die, wie gegenwärtig, im Widerspruchsverfahren des Art. 106 ff. zu lösen wäre (oben p. 277 Note 41 sub a).

4. Der Eintritt eines Dritten an Stelle des Ersteigerers in das Verfahren auf die oben (p. 328, c) bezeichnete Weise sollte, zur Beseitigung der in der Praxis darüber bestehenden Zweifel, im Gesetze ausdrücklich als zulässig erklärt werden. Die Anerkennung einer solchen Succession scheint uns im Interesse namentlich der Erzielung eines günstigen Verwertungsergebnisses zu liegen.<sup>130)</sup>

5. Der Schlusssatz des Art. 138 B. G., der eine besondere Behandlung der Dienstbarkeiten beim Lastenbereinungsverfahren vorsieht (oben p. 306 und 328), wäre als eine ungerechtfertigte Ausnahmerebestimmung zu streichen, d. h. die Dienstbarkeiten zu behandeln wie die andern Lasten (Anmeldungspflicht nach Art. 138 Ziff. 3 bzw. Berücksichtigung von Amtswegen nach Art. 140).<sup>131)</sup>

---

<sup>130)</sup> Es ist möglich, dass Jemand mit der Absicht und nur unter der Voraussetzung als Mitbieter auftreten will, seine Rechte und Pflichten aus dem Zuschlage später an einen Dritten übertragen zu können. Durch Ausschluss einer solchen Befugnis den Wettbewerb zu vermindern, scheint uns ungerechtfertigt. — Vergl. auch Deutsches Zwangsversteigerungsgesetz §§ 60 und 61.

<sup>131)</sup> Nach dem Entwurf gelangen die Dienstbarkeiten nur noch durch Eintragung in das Grundbuch zur Entstehung (§§ 721, 737, 766 Abs. 3, 770, 771 Abs. 3); hievon angegangen würde also durchwegs das Bereinungsverfahren des Art. 140 B. G. Platz greifen.

6. Was endlich die materiellrechtlichen Wirkungen des Zuschlages anbetrifft, so sollte, als der Natur der Zwangsversteigerung allein entsprechend und in Rücksicht auf die herrschende gegenteilige Auffassung, im Gesetze ausdrücklich bestimmt werden, dass bei der Zwangsversteigerung eine Gewährleistung für sachliche oder rechtliche Mängel des Steigerungsobjektes nicht stattfindet.<sup>132)</sup>

Im weitem sollte das Gesetz ausdrücklich den Moment des Eigentumserwerbes durch den Ersteigerer angeben. In dieser Beziehung enthält nunmehr der Civilgesetzentwurf in Art. 1278 die Bestimmung, dass das Eigentum an einer ersteigerten Fahrnis (— entgegen vertragsrechtlicher Regel —) mit deren Zuschlag, an einem ersteigerten Grundstücke dagegen erst mit der Eintragung ins Grundbuch vom Ersteigerer erworben werde.<sup>133)</sup>

In Bezug auf die andern Punkte, in denen das durch die Zuschlagsverfügung geschaffene Privatrechtsverhältnis durch betriebsprozessualische Momente bedingte Besonderheiten aufweist (vergl. oben p. 293/94 sub b und Note 59), würden wir es nicht als Sache des Gesetzgebers ansehen, die betreffenden Rechtssätze ausdrücklich festzustellen, sondern wäre ihre Feststellung der Gesetzesanwendung zu überlassen.

---

<sup>132)</sup> Wir verweisen auf das oben p. 108 ff. sub a Gesagte, dem nunmehr noch die Bestimmung in Art. 1277 des Entwurfes beizufügen ist: „Bei gerichtlicher Zwangsversteigerung findet, abgesehen von besonderen Zusicherungen oder von absichtlicher Täuschung der Bietenden, eine Gewährleistung nicht statt.“ Die Bestimmung ist der oben in Note 31 zitierten des zürcherischen Rechtes nachgebildet. Bezüglich der Interpretation der letztern durch Bluntschli s. oben Note 34 (p. 114).

<sup>133)</sup> Vergl. in letzter Beziehung auch oben p. 323 Note 102.

