INHALTSVERZEICHNIS

Abhandlung

Freihandverkauf von Grundstücken im Betreibungs- und Konkursverfahren. Von Franco Lorandi, RA, Dr. iur., PD, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen (HSG). S. 1.

Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Schuldbetreibung

Art. 66 Abs. 3 SchKG. – Frage der postalischen Zustellung einer Konkursandrohung zum deutschen Bundesland Baden-Württemberg. – Die direkte postalische Zustellung einer Betreibungsurkunde nach dem Ausland ist nichtig, wenn sie in Verletzung staatsvertraglicher Bestimmungen vorgenommen wurde. Der alte konkursrechtliche Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg ist noch in Kraft, beschränkt sich aber auf das Gebiet der früheren Krone Württemberg. S. 13.

Kantonale Rechtsprechung

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Allgemeine Bestimmungen

Art. 17, 22, 93 und 111 SchKG. – Beschwerdelegitimation der getrennt lebenden Ehegattin – im vorliegenden Fall verneint. – Existenzminimumsberechnung bei getrennt lebenden Ehegatten. – Mitteilung der Pfändung auch an die im Ausland lebende Ehegattin. Wird die Mitteilung pflichtwidrig unterlassen, führt dies zur Nichtigkeit der Pfändungsurkunde. S. 15.

Art. 27 SchKG. – Nachweis der Vertretungsermächtigung eines Rechtsanwalts im Betreibungsverfahren. S. 18.

Schuldbetreibung

Art. 64 LP. – La mère d'un débiteur poursuivi, chargée par celui-ci de la garde de ses enfants alors qu'il effectue un déplacement, ne peut pas être considérée comme une personne adulte faisant partie du ménage du poursuivi au sens de l'art. 64 al. 1 LP. Partant, dans la mesure où il n'est pas démontré que la commination de faillite est finalement parvenue au poursuivi, la notification de celle-ci à sa mère est nulle. S. 20.

Art. 64 Abs. 1 SchKG. – Bei der Ersatzzustellung wird davon ausgegangen, dass die erwachsene Person im Haushalt des Betreibungsschuldners, welche die Betreibungsurkunde entgegennimmt, diese innert nützlicher Frist dem Betreibungsschuldner übergibt. Entsprechendes ist anzunehmen, wenn eine erwachsene Person, nachdem dem Betreibungsschuldner an seinem Wohnort die Abholung der Betreibungsurkunde angezeigt wurde, die Urkunde auf dem Polizeiposten in Empfang nimmt, auch wenn diese Person nicht im Haushalt des Betreibungsschuldners wohnt. S. 23.

Art. 83 und 159 SchKG. – Die Rechtsöffnungskosten sind, zumindest auf Antrag des Aberkennungsklägers, im Aberkennungsprozess neu zu verlegen. Definitive Vollstreckungsmassnahmen bezüglich solcher Kosten vor Abschluss des Aberkennungsprozesses sind deshalb ungültig. Eine trotzdem erlassene Konkursandrohung ist nichtig. S. 24.

Art. 79 Abs. 1 und 88 Abs. 2 SchKG. – Die Billag AG, Schweiz. Inkassostelle für Radio- und Fernsehempfangsgebühren, darf dem Schuldner, der Rechtsvorschlag erhoben hat, im Verwaltungsverfahren das rechtliche Gehör einräumen. Während dieser Zeit steht die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens still. S. 27.

Fortsetzung auf der 3. Umschlagseite.

Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

Nachdruck sämtlicher Artikel nur mit Zustimmung der Redaktion und mit Quellenangabe gestattet.

Freihandverkauf von Grundstücken im Betreibungs- und Konkursverfahren

Franco Lorandi, RA, Dr. iur., PD, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen (HSG)

I. Einleitung

Soweit Vermögensobjekte des Schuldners in einem Zwangsvollstreckungsverfahren über ihn verwertet werden müssen, können verschiedene Verwertungsarten zur Anwendung gelangen. Von wenigen Ausnahmen abgesehen, können sämtliche Aktiven durch Zwangsversteigerung oder durch Freihandverkauf veräussert werden. Dies gilt namentlich für Grundstücke. So können seit der letzten Teilrevision des SchKG[1] insbesondere auch Grundstücke in der Spezialexekution freihändig verwertet werden (Art. 143b i.V.m. Art. 156 Abs. 1 SchKG).

Die Versteigerung ist gesetzlich detailliert geregelt. Die Rechtssicherheit ist deshalb gross. Dafür ist der Ermessensspielraum des Amtes sehr gering. Anders verhält es sich beim Freihandverkauf. Er ist in Teilaspekten gesetzlich geregelt. Dies gilt namentlich für die Voraussetzungen und Teilaspekte des Verfahrens. Im Übrigen ist er jedoch ungeregelt. Dies eröffnet dem Amt einerseits ein nicht unwesentliches Ermessen, namentlich was die Vorgehensweise betrifft. Darin liegt gerade eine der Hauptstärken des Freihandverkaufs. Andererseits besteht in Einzelfragen immer noch Unsicherheit, welche verfahrensrechtlichen Regeln der Steigerung auch für den Freihandverkauf gelten. Einem Teil dieser Fragen soll nachfolgend nachgegangen werden.

II. Natur des Freihandverkaufs

Der Freihandverkauf ist eine Verwertungsart des SchKG. Er kommt in allen Zwangsverwertungsverfahren (Betreibung auf Pfändung, Pfandverwertung, Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) zur Anwendung (Art. 130, Art. 143b, Art. 156 Abs. 1, Art. 256, Art. 322 ff.

[1] In Kraft getreten per 1. Januar 1997.

SchKG). Er ist die gesetzliche Alternative zur öffentlichen Steigerung, welche die ordentliche Verwertungsart ist.

Der Freihandverkauf ist damit ein *Institut des Vollstreckungsrechts*[2]. Von seinem Wesen her unterscheidet er sich nicht von der Zwangsversteigerung. Mit einem zivilrechtlichen Kaufgeschäft hat der Freihandverkauf trotz der Verwandtheit der Begriffe nichts zu tun. Dies ist nicht nur dogmatisch von Belang, sondern hat zahlreiche praktische Auswirkungen[3].

Um Missverständnisse von vornherein zu vermeiden, sollte am besten von der *Freihandverkaufsverfügung* gesprochen werden[4]. Diese Terminologie hat sich mittlerweile auch das Bundesgericht zu eigen gemacht[5].

Der Freihandverkauf ist ein Verwertungsakt und ist als Verwaltungsverfügung zu qualifizieren. Dogmatisch liegt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vor; es handelt sich um eine *zustimmungsbedürftige Verfügung*[6]. Der Verfügung der SchKG-Behörde steht die Zustimmung des Erwerbers gegenüber. Auf diese beiden Willenserklärungen kommen die Bestimmungen über privatrechtliche Erklärungen im Allgemeinen und die Regeln über den Vertragsschluss im Besonderen analog zur Anwendung, sofern das SchKG keine abweichenden Bestimmungen vorsieht[7].

Die *Zustimmung des Erwerbers* ist zwingend notwendig für das Zustandekommen eines Freihandverkaufs. Die Zustimmung muss sich vollumfänglich mit der Verfügung der SchKG-Behörde decken. Ist dies nicht der Fall, ist der Freihandverkauf insgesamt nichtig (Art. 22 SchKG)[8]. Ausgenommen sind Fälle, wenn die fehlende Zustimmung nur untergeordnete Punkte betrifft.

Betreibungsrechtliche Anordnungen, die unvollständig oder unbestimmt sind, sind ebenfalls nichtig (Art. 22 SchKG). Dies gilt nicht nur für die Pfändung oder einen Arrest[9], sondern auch für den Freihandverkauf[10].

[2] BGE 128 III 107 f., 126 III 94, 106 III 82; Bundesgerichtsurteile 7B.66/2003 vom 11. Juni 2003, E. 2.1, 7B.203/2003 vom 19. November 2003, E. 2.2, 7B.272/2001 vom 1. Februar 2002, E. 3a; 7B.167/1999 vom 1. November 1999, E. 4; 1P.639/2004 vom 19. April 2005, E. 3.4 und 3.5; Lorandi, Freihandverkauf, 8.
[3] Lorandi, Freihandverkauf, 17 ff.
[4] Lorandi, Freihandverkauf, 76 ff.; Possa, 69 ff.; BlSchK 1999, 111.
[5] Bundesgerichtsurteil 7B.66/2003 vom 11. Juni 2003, E. 2.1, 7B.219/2004 vom 28. Januar 2005.
[6] Lorandi, Freihandverkauf, 38; Häusermann, 3, 7; Bundesgerichtsurteil 7B.66/2003 vom 11. Juni 2003, E. 2.1.
[7] Lorandi, Freihandverkauf, 59, 68; Häusermann, 4; Bundesgerichtsurteil 7B.66/2003 vom 11. Juni 2003, E. 2.1, 7B.219/2004 vom 28. Januar 2005, E. 2.2; 7B.167/1999 vom 1. November 1999, E. 4.
[8] Lorandi, Freihandverkauf, 32; Bundesgerichtsurteil 7B.219/2004 vom 28. Januar 2005, E. 2.3.
[9] BGE 114 III 75.
[10] Lorandi, betreibungsrechtliche Beschwerde, Art. 22 SchKG, N. 22 und N. 40; ders., Freihandverkauf, 190; ders., AJP 2002, 596; Bundesgerichtsurteil 7B.219/2004 vom 28. Januar 2005, E. 2.1.

Soweit die Zustimmung von Verfahrensbeteiligten notwendig ist, damit ein Freihandverkauf stattfinden kann (Art. 130, Art. 143b Abs. 1, Art. 156 Abs. 1, Art. 256 Abs. 2, Art. 323 SchKG), finden auf diese Zustimmungen im Wesentlichen die Normen des Privatrechts über Willenserklärungen (Art. 1 ff. OR) analog Anwendung[11].

III. Verfahren

Wie gesehen[12], sind das Wesen und die Rechtsnatur der Zwangsversteigerung und des Freihandverkaufs identisch. Unterschiedlich ist die verfahrensrechtliche Vorgehensweise für beide Verwertungsarten. Während bei der Steigerung das Verfahren detailliert geregelt ist (Art. 125 ff., 133 ff., Art. 156 Abs. 1, Art. 257 ff.), regelt das Gesetz beim Freihandverkauf in erster Linie dessen Voraussetzungen (Art. 130, Art. 143b, Art. 156 Abs. 1, Art. 256, Art. 322 ff. SchKG). Über dessen Verfahren finden sich nur marginale Vorschriften (Art. 143b Abs. 2 SchKG). Diese *Flexibilität* ist gerade eine der Stärken des Freihandverkaufs[13]. Das Amt kann damit der jeweiligen Situation Rechnung tragen.

Für den Freihandverkauf gelangen zwar verschiedene Bestimmungen über die Zwangsversteigerung analog zur Anwendung. Die Bestimmungen über die Versteigerung dürfen jedoch nicht blindlings auf die Freihandverkaufsverfügung übertragen werden. Andernfalls würde der Freihandverkauf gerade seines Vorteils – dessen Flexibilität – beraubt. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Normen über die Steigerung, privatrechtliche Bestimmungen oder (in Lückenfüllung) Sondernormen für den Freihandverkauf Platz greifen[14].

Es ist weitgehend dem Ermessen des Amtes überlassen, wie es dafür sorgt, dass für eine freihändige Verwertung ein zeitlich und lokal beschränkter Markt entsteht, damit das Verwertungsergebnis möglichst gut ist. Sind mehrere Interessenten vorhanden, so sind verschiedene Mechanismen denkbar: Das Amt kann alle Interessenten physisch zu einer internen Steigerung einladen und mit dem Höchstbietenden anschliessend die Freihandverkaufsverfügung abschliessen. Das Amt kann auch auf dem Schriftweg die Interessenten auffordern, ihre Gebote zu unterbreiten. Das höchste Gebot kann den anderen Interessenten zur Kenntnis gebracht werden, um diesen wiederum die Möglichkeit zu geben, dieses zu überbieten. Denkbar sind auch Mischformen.

IV. Inhalt der Freihandverkaufsverfügung

Der Inhalt der Freihandverkaufsverfügung deckt sich grundsätzlich mit jenem des Zuschlags bei der Zwangsversteigerung. Für den Zuschlag

[11] Lorandi, Freihandverkauf, 239 ff., Bundesgerichtsurteil 7B.167/1999 vom 1. November 1999, E. 4.
[12] II.
[13] Gasser, ZBJV 1996, 645; BasK-Häusermann/Stöckli/Feuz, Art. 143b SchKG N 2.
[14] Lorandi, AJP 2002, 594 ff.

ergibt sich der Inhalt aus den Steigerungsbedingungen. Beim Freihandverkauf gibt es keine Steigerungsbedingungen oder etwas Ähnliches. Der Inhalt sollte deshalb in die Verfügung aufgenommen werden. Dabei kann sich das Amt als Formulierungshilfe und als Checkliste an die Musterformulare VZG Nr. 13 halten, wobei die verfahrensrechtlichen Bestimmungen ohne Bedeutung (für den Inhalt) sind[15].

Hinsichtlich der Umschreibung des zu verwertenden Objektes ist zu beachten, dass eine unvollständige oder unbestimmte Umschreibung des zu verwertenden Objektes zur Nichtigkeit der Verfügung führt[16]. Dies dürfte bei Grundstücken jedoch selten der Fall sein.

Die Freihandverkaufsverfügung sollte insbesondere (Spezialfälle vorbehalten) folgenden Inhalt aufweisen[17]:

- Bezeichnung als (Freihandverkaufs-)Verfügung
- Angabe der verfügenden Behörde
- Angabe des Schuldners und (in der Spezialexekution) des Gläubigers, der die Verwertung verlangt hat
- Beschreibung des zu verwertenden Grundstücks
- Angabe des Preises
- Regelung der Überbindung von Lasten/Hinweis auf das Lastenverzeichnis
- Zahlungsmodalitäten
- Wegbedingung der Gewährleistung
- Übergang von Nutzen und Gefahr
- Bedingungen[18] und Befristungen
- Hinweise zur Vermeidung eines Irrtums beim Erwerber
- Hinweis auf die Bewilligungspflicht beim Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland
- Hinweis auf bestehende Sach- oder Vermögensversicherungen
- Regelungen von Miet- und Pachtverhältnissen
- Rechtsmittelbelehrung

Soweit die Freihandverkaufsverfügung Bedingungen enthält (was namentlich bei gesetzlichen Vorkaufsrechten[19] oder beim Recht zum höheren Angebot[20] der Fall ist), wird nachfolgend sinnvollerweise im Sinne einer *Feststellungsverfügung* festgehalten, dass die *ursprünglich bedingte Verfügung unbedingt geworden* ist. Damit wird für alle Beteiligten Rechtssicherheit geschaffen. Damit liegt auch ein unbedingter Rechtsgrundausweis für den Grundbucheintrag vor.

[15] Lorandi, Freihandverkauf, 78.
[16] Lorandi, betreibungsrechtliche Beschwerde, Art. 22 SchKG N. 22 und N. 40; ders., Freihandverkauf 190; ders., AJP 2002, 596; Bundesgerichtsurteil 7B.219/2004 vom 28. Januar 2005, E. 2.1.
[17] Lorandi, Freihandverkauf, 78 ff.
[18] Possa, 71.
[19] VIII.
[20] IX.

V. Keine öffentliche Beurkundung/ deklaratorischer Grundbucheintrag

Obschon das Bundesgericht schon vor rund 25 Jahren erkannt hat, dass es sich beim Freihandverkauf um ein Institut des Zwangsvollstreckungsrecht handelt[21], hielt es lange Zeit daran fest, dass gleichsam eine öffenthche Beurkundung notwendig sei[22]. Diese verfehlte Ansicht hat das Bundesgericht zurecht mit BGE 128 III 107 ff. aufgegeben[23]. Es ist damit der herrschenden Lehre[24] und der kantonalen Rechtsprechung[25] gefolgt. Damit bedarf die Freihandverkaufsverfügung (gleich wie die Zwangsversteigerung) keiner öffentlichen Beurkundung.

Das Eigentum geht daher (gleich wie bei der Zwangsversteigerung) aussergrundbuchlich auf den Erwerber über[26]. Massgeblich ist grundsätzlich der Erlass der Freihandverkaufsverfügung[27]. Als Rechtsgrundausweis für die Mutation im Grundbuch genügt das schriftliche Verwertungsprotokoll, welches auch für den Freihandverkauf zu führen ist (Art. 8 Abs. 1 und Art. 72 KOV)[28] oder die Freihandverkaufsverfügung (Art. 18 Abs. 1 lit. f GBV). Die Grundbuchanmeldung und der Eintrag haben nur noch deklaratorische Wirkungen (Art. 656 Abs. 2 ZGB)[29].

VI. Mechanik zwischen Freihandverkaufsverfügung und Grundbuchanmeldung

Wie gesehen, geht das Eigentum am Grundstück mit Erlass der Freihandverkaufsverfügung aussergrundbuchlich auf den Erwerber über[30]. Solange der Erwerber nicht im Grundbuch eingetragen ist, kann er nicht über das Grundstück verfügen (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Dies ändert nichts daran, dass der Veräusserer bis zur vollständigen Bezahlung des Erwerbspreises an sich das Insolvenzrisiko des Erwerbers trägt. In der Zwangsvollstreckung ist dies jedoch nur von beschränkter Tragweite:

Erfolgt die freihändige Verwertung von Grundstücken gegen sofortige Barzahlung, so stellt sich kein Problem.

Die SchKG-Behörde kann dem Erwerber jedoch auch eine *Zahlungsfrist* von höchstens 6 Monaten gewähren (Art. 136 i.V.m. Art. 143b Abs. 2, Art. 156 Abs. 1 und Art. 259 SchKG, analog; Art. 46, Art. 102 und Art. 130 Abs. 1 VZG analog)[31]. Dies ist in der Praxis der Regelfall.

[21] BGE 106 III 79.
[22] BGE 106 III 79, 112 II 110; Bundesgerichtsurteil 7B.167/1999 vom 1. November 1999, E. 4; so auch BasK-Bürgi, Art. 256 SchKG N. 25.
[23] Vgl. auch Bundesgerichtsurteil 1P.639/2004 vom 19. April 2005, E. 3.5.
[24] Vgl. die in BGE 128 III 109 zitierten Autoren.
[25] Vgl. BlSchK 1999, 18 ff., AJP 2000, 727.
[26] Häusermann, 9.
[27] Lorandi, Freihandverkauf, 115; Possa, 71.
[28] BGE 128 III 108.
[29] BGE 128 III 108 f.
[30] V.
[31] Lorandi, Freihandverkauf, 85.

Wenn ein Zahlungstermin gewährt wird, bleibt das Grundstück bis zur Zahlung des Erwerbspreises auf Rechnung und Gefahr des Erwerbers in der Verwaltung des Amtes. Ohne dessen Bewilligung darf inzwischen keine Eintragung in das Grundbuch vorgenommen werden. Das Amt kann sich für den gestundeten Preis zudem Sicherheiten ausbedingen (Art. 137 i.V.m. Art. 143b Abs. 2, Art. 156 Abs. 1 und Art. 259 SchKG). Diese Regelung gilt aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Verweisung ohne Zweifel auch für den Freihandverkauf.

Erfolgt die Zahlung nicht rechtzeitig, so *hebt das Amt die Freihandverkaufsverfügung auf* und ordnet eine neue Verwertung an. Der frühere Erwerber und seine Bürgen haften für den Ausfall und den weiteren Schaden. Dies gilt für den Verzugszins von 5% (Art. 143 i.V.m. Art. 156 Abs. 1 und Art. 259 SchKG). Obschon ein ausdrücklicher Verweis für den Freihandverkauf fehlt, findet diese Regelung auf die freihändige Verwertung gleichsam analog Anwendung[32].

Wird die Freihandverkaufsverfügung wegen Verzug des Erwerbers durch das Amt aufgehoben, so fällt sie *ex tunc* dahin[33]. Mit Rechtskraft der Aufhebungsverfügung fallen damit die Wirkungen der Freihandverkaufsverfügung dahin. Das Eigentum am Grundstück fällt damit wiederum aussergrundbuchlich an den Betreibungsschuldner zurück[34]. Sofern das Amt noch keine Grundbuchanmeldung zu Gunsten des Erwerbers abgegeben hat, stimmt die materielle Rechtslage wieder mit dem formellen Grundbucheintrag überein. Zumindest in Bezug auf das Eigentum am Grundstück besteht somit kein Insolvenzrisiko des Veräusserers. Bei Insolvenz des Erwerbers kann jedoch der gegen ihn gerichtete Schadenersatzanspruch (Art. 143 i.V.m. Art. 156 Abs. 1 und Art. 259 SchKG) nicht mehr mit Erfolg durchgesetzt werden. Es ist deshalb angezeigt, vom Erwerber in gewissem Umfang (z.B. 10–20% des Erwerbspreises) von Anfang an Sicherheiten bzw. Barzahlung zu verlangen.

VII. Doppelaufruf

A. Wesen

Der Doppelaufruf regelt das Rangverhältnis zwischen Grundpfandrechten einerseits und Dienstbarkeiten, Grundlasten sowie Vormerkungen andererseits. Wird nach Begründung eines Grundpfandrechtes eine Dienstbarkeit, eine Grundlast oder eine Vormerkung errichtet, ohne dass der Grundpfandgläubiger zugestimmt hat, so geht das Grundpfandrecht vor, wenn dieses durch die nachträgliche Last tangiert wird (Art. 812 ZGB). Ob das Grundpfandrecht wirklich durch die nachträgliche Last tangiert ist, zeigt sich erst beim Doppelaufruf.

[32] Blumenstein, 441, Jaeger, Art. 130 SchKG N. 2 in fine; Stutz, 107 f.; Lorandi, Freihandverkauf, 86, 196 ff.; BGE 128 III 110 f.
[33] Jaeger, Art. 21 SchKG N. 2, Amonn/Walther, § 6 Rz. 74; Lorandi, Freihandverkauf, 207.
[34] Lorandi, Freihandverkauf, 207.

Seit der Revision des Mietrechts geht der *Mietvertrag* mit Übertragung des Eigentums an der Mietsache auf den Erwerber über (Art. 261 OR). Dasselbe gilt für den Pachtvertrag (Art. 290 OR). Damit stellt auch der langfristige Miet- oder Pachtvertrag eine Belastung dar. Er unterliegt deshalb auch dem Doppelaufruf[35].

Der *erste* Aufruf findet mit der Last statt. Erhält der Grundpfandgläubiger dabei volle Deckung, stellt die nachträgliche Last für ihn keinen Nachteil dar. Es findet diesfalls kein zweiter Aufruf statt.

Erhält der Grundpfandgläubiger dagegen beim ersten Aufruf keine volle Deckung, so findet ein *zweiter* Aufruf ohne die Last statt. Erhält der Grundpfandgläubiger dabei bessere Deckung, so findet die Verwertung auf den zweiten Aufruf ohne die Last statt. Diese wird gelöscht und geht dadurch unter (Art. 142 Abs. 3 SchKG).

Das Prinzip des Doppelaufrufs ist ein materiellrechtliches Prinzip (Art. 812 ZGB). Es findet deshalb in allen Zwangsverwertungsverfahren (Art. 142, Art. 156 Abs. 1, Art. 258 Abs. 2, Art. 323 SchKG) und unbesehen der jeweiligen Verwertungsart Anwendung. Es gilt insbesondere auch beim Freihandverkauf[36].

B. Voraussetzungen

Wie bei der Steigerung findet der Doppelaufruf nur statt, wenn der berechtigte Grundpfandgläubiger diesen verlangt. Er hat dafür nach Zustellung des Lastenverzeichnisses zehn Tage Zeit (Art. 142 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG). Mit der Anzeige kann die Androhung verbunden werden, dass bei ungenütztem Fristablauf Verzicht auf das Recht zum doppelten Aufruf angenommen werde (Art. 104 Abs. 1, Art. 129 Abs. 1 VZG).

C. Verfahren

Für das Verfahren findet *Art. 56 VZG analog* Anwendung. Dies geschieht dergestalt, dass das Amt die interessierten Parteien einlädt, Angebote mit und ohne die Last zu machen[37]. Die Interessenten sind nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, je ein Angebot zu machen; sie können auch nur ein Angebot unterbreiten, sei es mit oder sei es ohne die Last[38]. Je nach Konstellation findet die freihändige Verwertung auf ein Angebot mit der Last statt: So wenn dabei der Grundpfandgläubiger volle Deckung erhält, nur Angebote mit der Last eingehen oder die Angebote ohne die Last nicht höher sind. Ist die Deckung des Grundpfandgläubigers ohne Last besser, findet die freihändige Verwertung ohne die Last statt.

[35] BGH 128 III 85 ff., 126 III 291, 125 III 128, 124 III 38.
[36] Lorandi, Freihandverkauf, 157 ff.; Häusermann, 5.
[37] BasK-Häusermann/Stöckli/Feuz, Art. 143b SchKG N. 27; Häusermann, 5; Lorandi, Freihandverkauf, 164.
[38] Lorandi, Freihandverkauf, 164.

Der Grundpfandgläubiger erleidet bei dieser Vorgehensweise keinen Nachteil. Die Verwertung kann ohnehin nur dann freihändig stattfinden, wenn er damit einverstanden ist (Art. 143b Abs. 1, Art. 156 Abs. 1, Art. 256 Abs. 2, Art. 323 SchKG). Wenn er die Angebote bei freihändiger Verwertung für ungenügend hält, wird er dieser Verwertungsart nicht zustimmen, sodass das Grundstück zu versteigern ist.

Sofern sich eine freihändige Verwertung ohne die Last abzeichnet, ist den Berechtigten der Last, deren Löschung droht, analog Art. 56 lit. a VGZ die Möglichkeit einzuräumen, die Verwertung ohne Last durch Leisten des Differenzbetrages abzuwenden. Hierfür kann ihnen eine Frist von in der Regel zehn Tage angesetzt werden.

VIII. Vorkaufsrechte

A. Wesen des Vorkaufsrechts

Ein Vorkaufsrecht ist eine Verfügungsbeschränkung in Form eines Gestaltungsrechts. Das Vorkaufsrecht kann auf Rechtsgeschäft oder auf Gesetz beruhen. Diese Unterscheidung ist für die Zwangsvollstreckung im Allgemeinen und den Freihandverkauf im Besonderen von entscheidender Bedeutung.

B. Unbeachtlichkeit von vertraglichen Vorkaufsrechten

Bei rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechten stellt nur die freiwillige Veräusserung ein Vorkaufsfall dar[39]. Dies trifft für die Zwangsverwertung im Allgemeinen und den Freihandverkauf im Speziellen nicht zu (Art. 216c Abs. 2 OR). Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte können daher weder bei der Steigerung noch beim Freihandverkauf ausgeübt werden (Art. 51 i.V.m. Art. 102 und Art. 130 Abs. 1 VZG)[40]. Sie sind daher bei der Zwangsverwertung unbeachtlich. Soweit sie im Grundbuch vorgemerkt sind, werden sie (nach Massgabe des Lastenverzeichnisses) auf den Erwerber übertragen.

C. Vorgehen bei gesetzlichen Vorkaufsrechten

1. Möglichkeit der Ausübung

Anders verhält es sich bei den gesetzlichen Vorkaufsrechten (Art. 682 ZGB; Art. 42 ff. BGBB; Vorkaufsrechte des kantonalen Rechts). Die Zwangsverwertung stellt einen Vorkaufsfall dar. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte können daher auch bei der Zwangsversteigerung ausgeübt werden (Art. 681 Abs. 1 ZGB). Sie können insbesondere bei der freihändigen Verwertung von Grundstücken ausgeübt werden[41].

[39] BasK-Häusermann/Stöckli/Feuz, Art. 143b SchKG N. 31; BasK-Bürgi, Art. 256 SchKG N. 27; BGE 115 II 175.
[40] Lorandi, Freihandverkauf, 147; Häusermann, 6, BGE 126 III 93.
[41] Stutz, 103; Vollenweider, 128 f.; Lorandi, 149 f.; BasK-Bürgi, Art. 256 SchKG N. 27; Bundesgerichtsurteil 1P.639/2004 vom 19. April 2005, E. 3.4.

2. Modalitäten der Ausübung

Bei der Versteigerung können die gesetzlichen Vorkaufsrechte nur anlässlich der Steigerung selbst ausgeübt werden (Art. 681 Abs. 1 ZGB; Art. 60a Abs. 1 VZG). Bei der freihändigen Verwertung müssen andere Regeln Platz greifen:

Ein Vorkaufsfall liegt nur und erst vor, wenn eine (freihändige) Verwertung schon erfolgt ist (Art. 681a Abs. 1 ZGB; Art. 60a Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Art. 102 und Art. 130 Abs. 1 VZG)[42]. In der Freihandverkaufsverfügung ist deshalb ein entsprechender Vorbehalt anzubringen[43].

Die Berechtigten sind mit *Spezialanzeige* darauf hinzuweisen, dass sie ihr Vorkaufsrecht ausüben können (Art. 681a Abs. 1 ZGB; Art. 30 Abs. 4, Art. 102, Art. 129 Abs. 2 VZG analog)[44].

Gemäss Art. 681a Abs. 2 Satz 1 ZGB steht dem Berechtigten eine *Frist* von drei Monaten zu, um sein Vorkaufsrecht auszuüben. Die Frist wurde im Rahmen der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts von einem Monat auf drei Monate verlängert. Damit sollten die Interessen der Berechtigten gewahrt werden, damit sie sich einen Erwerb gründlich und in Ruhe überlegen können. Sodann sollten sie genügend Zeit zur Finanzierung haben[45]. Bei einem freiwilligen Verkauf macht dies durchaus Sinn.

Anders verhält es sich jedoch bei einer Zwangsverwertung: Bei der Zwangsversteigerung kann das Vorkaufsrecht nur an der Steigerung selbst ausgeübt werden (Art. 681 Abs. 1 erster Halbsatz ZGB; Art. 60a Abs. 1, Art. 102, Art. 130 Abs. 1 VZG). Für den Freihandverkauf fehlt eine ausdrückliche Regelung. Drei Monate erscheinen unangemessen lang. Andererseits besteht keine unmittelbare zeitliche Not (mehr), wenn einmal eine (bedingte) Freihandverkaufsverfügung erlassen worden ist. M.E. sollte im Regelfall eine Frist von einem Monat angesetzt werden[46].

Die Ausübungserklärung durch den (oder die) Berechtigten stellt die Zustimmung zur Freihandverkaufsverfügung dar[47]. Damit der Berechtigte weiss, wozu er allenfalls zustimmt, stellt ihm das Amt am besten eine Kopie der bereits abgeschlossenen Freihandverkaufsverfügung mit dem Erwerber zu.

3. Nichtigkeit bei Verletzung gesetzlicher Vorkaufsrechte

Werden die Rechte der Vorkaufsberechtigten verletzt, ohne dass oder bevor diese in das Insolvenzverfahren einbezogen worden sind, so erweist sich die Verwertung als nichtig i.S.v. Art. 22 SchKG[48].

[42] Lorandi, Freihandverkauf, 150; BasK-Häusermann/Stöckli/Feuz, Art. 143b SchKG N. 33.
[43] Lorandi, Freihandverkauf, 88, 150 f.
[44] Vollenweider, 128; Lorandi, Freihandverkauf, 150.
[45] BBl 1988 III 1073.
[46] Lorandi, Freihandverkauf, 152. Vollenweider, 129, hält eine Frist von *10 Tagen* für genügend; nach BasK-Häusermann/Stöckli/Feuz, Art. 143b SchKG N. 33, und Häusermann, 6, sollen sogar *zwei Tage* genügen.
[47] Lorandi, Freihandverkauf, 152.
[48] Lorandi, Art. 22 SchKG N. 58, N. 68, N. 78; ders., Freihandverkauf, 151 und 189 ff.; BGE 51 III 166 ff.

IX. Recht zum höheren Angebot im Konkurs

Im Konkurs dürfen Grundstücke (und Vermögensobjekte von bedeutendem Wert) nur freihändig verwertet werden, wenn die Gläubiger vorher Gelegenheit erhalten haben, höhere Angebote zu machen (Art. 256 Abs. 3 SchKG). Dies gilt auch im summarischen Konkursverfahren (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG)[49]. Das Recht zum höheren Angebot bezweckt die Gleichbehandlung der Gläubiger[50].

A. Kreis der berechtigten Personen

Das Recht zum höheren Angebot steht allen *Konkursgläubigern* zu. Es spielt dabei keine Rolle, ob ihre Forderungen pfandgesichert, ungesichert, privilegiert oder nicht privilegiert sind[51].

Liegt ein Angebot vor, das neben der Deckung der Massekosten und -schulden auch die Aussicht auf Befriedigung aller Gläubiger eröffnet, so besteht die Chance auf einen *Aktivenüberschuss.* Damit sind auch jene Personen zu begrüssen, welche an diesem Aktienüberschuss partizipieren würden. Bei einer AG sind dies die *Aktionäre*[52].

B. Recht zum höheren Angebot

Den Berechtigten muss ein konkretes Angebot eines Dritten unter Angabe des von diesem gebotenen Preises unterbreitet werden[53]. Die blosse Möglichkeit der Gläubiger, ihrerseits im Rahmen der Verhandlungen Offerten zu unterbreiten, genügt nicht[54].

Zulässig ist jedoch die mancherorts verbreitete Praxis, die Gläubiger (allenfalls schon bei der Publikation des Konkurses) auf das Recht zum höheren Angebot aufmerksam zu machen und ihnen Frist anzusetzen, um ihr generelles Interesse zu bekunden. Liegt später ein konkretes Angebot eines Dritten vor, so muss dieses den interessierten Gläubigern bekannt gegeben werden. Die übrigen Gläubiger müssen dannzumal nicht mehr begrüsst werden.

Den Berechtigten muss das Recht, höhere Angebote zu unterbreiten, je Objekt nur einmal eingeräumt werden. Damit ist dem Gebot der Gleichbehandlung[55] Genüge getan. Treffen in der Folge von Seiten der Berechtigten oder von Dritten höhere Angebote ein, ist das Amt nicht verpflichtet, den Berechtigten noch einmal die Möglichkeit zu geben, ein noch höheres Angebot zu unterbreiten[56].

[49] Lorandi, Freihandverkauf, 322; Bundesgerichtsurteil 7B.219/2004, vom 28. Januar 2005, E. 2.5.
[50] Lorandi, Freihandverkauf, 316; BGE 88 III 40; BlSchK 1999, 111.
[51] Lorandi, Freihandverkauf, 316.
[52] Lorandi, Freihandverkauf, 317; BGE 88 III 39 f., 84, 87 III 117; BlSchK 1963, 151; offen gelassen im Bundesgerichtsurteil 7B.220/2001 vom 20. November 2001, E. 2.b.
[53] Lorandi, Freihandverkauf, 317; BasK-Bürgi, Art. 256 SchKG N. 19; BGE 106 III 82, 105 III 76, 88 III 39 f.; BlSchK 1999, 109; 1963, 151.
[54] Lorandi, Freihandverkauf, 317.
[55] Vgl. vor Fn. 47.
[56] Lorandi, Freihandverkauf, 337; BlSchK 1999, 111.

C. Frist

Unklar ist, welche Frist den Berechtigten anzusetzen ist. Die Frist muss *angemessen* sein. Was angemessen ist, hängt von den Umständen ab. Dazu gehören der Preis, der in Frage steht, ob innert Frist nur ein Interesse bekundet werden muss oder ob eine Sicherheit geleistet bzw. ein Finanzierungsnachweis vorliegen muss, und welche Vorlaufzeit die Berechtigten schon hatten[57].

In der Regel genügt eine Frist von *10 vollen Tagen*[58]. Muss der Berechtigte allerdings nicht nur sein Interesse bekunden, sondern innert Frist auch Sicherheit leisten bzw. einen Finanzierungsnachweis erbringen, so genügen 10 Tage dann nicht, wenn es sich um einen erheblichen Betrag handelt, für welchen die Sicherheit geleistet bzw. der Finanzierungsnachweis erbracht werden muss. Ab einer Summe in sechstelliger Höhe dürfte von einem erheblichen Betrag auszugehen sein. Je nach den Umständen ist in solchen Fällen eine Frist von *14 bis 30 Tagen* anzusetzen[59].

Da es sich bei der anzusetzenden Frist um eine behördliche und nicht um eine gesetzliche Frist handelt, kann sie von der SchKG-Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin erstreckt werden[60].

D. Kein Anspruch auf Erwerb bei Abgabe eines höheren Gebotes

Der Gläubiger, der ein höheres Angebot unterbreitet, hat keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch, dass die Verwertung an ihn geschieht. Es steht vielmehr im Ermessen des Amtes, ob es weitere Bestrebungen unternimmt, die interessierten Kreise zu einem noch höheren Angebot zu bewegen[61].

[57] Vgl. Lorandi, Freihandverkauf, 319; Bundesgerichtsurteile 7B.220/2001 und 7B.221/2001, jeweils vom 20. November 2001, E. 3 bzw. E. 2.c.
[58] Lorandi, Freihandverkauf, 319, BGE 93 III 30, 88 III 83 f.
[59] Lorandi, Freihandverkauf, 319; vgl. auch Bundesgerichtsurteile 7B.220/2001 und 7B.221/2001, jeweils vom 20. November 2001, E. 3 bzw. E. 2.c. (17 Tage).
[60] Jaeger, Art. 33 SchKG N. 1; Fritzsche/Walder, Bd. 1, § 13 Rz. 109; Amonn/Walther, § 11 Rz. 24 ff.; Lorandi, Freihandverkauf, 319; BlSchK 1979, 185; a.M. Walder, 32; Fritzsche/Walder, § 13 Rz. 109; Bundesgerichtsurteil 7B.69/2005 vom 10. Juni 2005, E. 3.2.
[61] Lorandi, Freihandverkauf, 336; BlSchK 1999, 110.

Literatur

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003

Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911

Bürgi Urs, in: Basler Kommentar zum SchKG, Basel/Genf/München 1998

Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I und II, Zürich 1993

Gasser Dominik, Revidiertes SchKG – Hinweise auf kritische Punkte, ZBJV 1996, 627 ff.

Häusermann Markus, Freihandverkauf im Umbruch, IWIR 1998, 3 ff.

Häusermann Markus/Stöckli Kurt/Feuz Andreas, in: Basler Kommentar zum SchKG, Basel/Genf/München 1998

Jaeger Carl, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Zürich 1911

Lorandi Franco, Freihandverkauf eines Grundstückes im Konkurs, AJP 5/2002, 592–597

Ders., Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000

Ders., Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 1994

Possa Philipp, Die Freihandverkaufsverfügung, IWIR 2003, 69 ff.

Stutz Felix, Der Freihandverkauf im SchKG, Diss. Zürich 1978

Vollenweider Peter, Pfandverwertung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Zürich 1993

Walder Hans Ulrich, Die Fristen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1981

Bundesgerichtliche Rechtsprechung

1). **Art. 66 Abs. 3 SchKG. – Frage der postalischen Zustellung einer Konkursandrohung zum deutschen Bundesland Baden-Württemberg. – Die direkte postalische Zustellung einer Betreibungsurkunde nach dem Ausland ist nichtig, wenn sie in Verletzung staatsvertraglicher Bestimmungen vorgenommen wurde. Der alte konkursrechtliche Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg ist noch in Kraft, beschränkt sich aber auf das Gebiet der früheren Krone Württemberg.**

Art. 66 al. 3 LP. – Communication par voie postale d'une commination de faillite à destination du Land de Bade-Wurtemberg. – La communication par voie postale d'un acte de poursuite à l'étranger est nulle lorsqu'elle est contraire à des conventions internationales. Le traité conclu dans la première moitié du XIXe siècle entre la plupart des cantons suisses et la couronne du Wurtemberg est encore en vigueur, mais ne s'applique qu'au territoire de l'ancienne couronne du Wurtemberg.

Art. 66 cpv. 3 LEF. – Notificazione in via postale nel land tedesco del Baden Württemberg di una comminatoria di fallimento. – La notifica di un atto esecutivo all'estero in via postale diretta è nulla se operata in violazione di convenzioni internazionali. Il trattato stipulato nel 1825/1826 tra la Confederazione Svizzera, con l'adesione di tutti i cantoni salvo Neuchâtel e Svitto, e il Regno del Württemberg è tuttora in vigore nei limiti territoriali riconducibili all'estensione della sovranità allora esistente.

Zusammenfassung und Kommentar zum Entscheid 7B.31/2005, SchKK 15. Juni 2005 von Dr. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt

[Rz 1] Die «alte Dame SchKG» stammt aus dem Jahre 1889 und ist das älteste geltende Bundesgesetz der Schweiz. Der hier vorgestellte Fall zeigt jedoch, dass im Zwangsvollstreckungsrecht mitunter auch auf deutlich ältere Rechtsgrundlagen zurückzugreifen ist, und dass in gewissen Fällen auch historische und geografische Kenntnisse erforderlich sind (vgl. auch Markus Felber, Baden ist nicht Württemberg, in: Jusletter 18. Juli 2005 und in: NZZ, 18. Juli 2005 [Nr. 165], S. 9).

[Rz 2] Das (Schweizerische) Betreibungsamt B. erliess gegen die Kollektivgesellschaft Z1 am 18. November 2004 die Konkursandrohung. Es stellte sie mittels eingeschriebener Sendung in Deutschland am Wohnsitz des einen Gesellschafters im Bundesland Baden-Württemberg zu. Die Kollektivgesellschaft erhob in der Folge bei den kantonalen Aufsichtsbehörden des Kantons Thurgau Beschwerde gegen die Konkursandrohung und machte geltend, das Betreibungsamt B. sei örtlich nicht