Markus Häusermann

Der neugeschaffene Freihandverkauf in der Betreibung auf Pfandverwertung

Freihandverkauf im Umbruch

Bei weitem nicht alle relevanten Punkte der neuen Verwertungsform sind geregelt

Der Revisionsgesetzgeber hat die Möglichkeit des freihändigen Verkaufs von Liegenschaften, welche zuvor nur im Rahmen des Konkursverfahrens zulässig war, auch für die Betreibung auf Pfändung bzw. Pfandverwertung eingeführt. Die neue Verwertungsart ist flexibler und ermöglicht bessere Ergebnisse als die Zwangsversteigerung, doch hat der Gesetzgeber wesentliche Punkte wie die Frage nach der öffentlichen Beurkundung der Freihandverkaufsverfügung oder den Fristen zur Geltendmachung von Vorkaufsrechten offengelassen. Auch die Anwendung zahlreicher Bestimmungen des SchKG ist umstritten. Nachfolgend soll zu den einzelnen Punkten Stellung bezogen werden.

Die heutige Regelung geht auf die nationalrätliche Kommission zurück, welche die Möglichkeit des freihändigen Verkaufs von Liegenschaften im Zwangsverwertungsverfahren entgegen den Vorstellungen des Bundesrates in das Gesetz aufnehmen wollte (vgl. GASSER, 643). Unter dem aSchKG war der freihändige Verkauf von Liegenschaften als Pfandverwertungsart nicht zugelassen (vgl. Art. 133a SchKG).

I. Vor- und Nachteile des Freihandverkaufs

Der freihändige Verkauf bietet gegenüber der Versteigerung die Möglichkeit grösserer Flexibilität im Eingehen auf Kundenwünsche – «zumindest deren aufwendiges äusseres Brimborium entfällt» (GASSER, 645). Der Freihandverkauf ermöglicht zuweilen die Erzielung eines besseren Verwertungserlöses, da die Nachfrager gezielt ausgesucht werden können (LORANDI, Freihandverkauf, 12ff.). Für den Erwerber hat der Freihandverkauf den Vorteil, dass er nicht öffentlich, sondern unter Wahrung einer gewissen Diskretion die Liegenschaft erwerben kann. Nicht zuletzt entfällt der zeit- und oft auch kostenaufwendige Gang an die Versteigerung, von dem nie gewiss ist, ob er zum Erfolg führen wird. Entsprechend braucht der Erwerber keine kostspieligen Bankchecks zur Leistung der Anzahlung beizubringen.

Der freihändige Verkauf bietet dagegen nicht die Möglichkeit der öffentlichen Kontrolle der Steigerungsbedingungen und schliesslich der uneingeschränkten Teilnahme am Wettbewerb. Er ist deshalb nur zulässig, wenn alle Beteiligten, für welche der Freihandverkauf negative Konsequenzen haben könnte, zustimmen (vgl. dazu HÄUSERMANN, 513 und unten Ziff. III. 1. unten).

Markus Häusermann
Fürsprecher und Notar, Bern

II. Anwendungsbereich und Rechtsnatur des Freihandverkaufs

Art. 143b ist stets anwendbar, wenn eine Liegenschaft zur Pfandverwertung gelangt. Die Behörde ist trotz des Umstandes, dass der Freihandverkauf letztlich in eine betreibungsrechtliche Verfügung mündet (vgl. dazu sogleich) ziemlich frei in der Führung der Verhandlungen mit möglichen Interessenten. Sie hat sich vom Interesse an einem möglichst hohen Verwertungserlös leiten zu lassen. Namentlich bei problematischen Liegenschaften wird das Betreibungsamt mittels öffentlicher Inserierung der Absicht des Verkaufs an den Meistbietenden eine versteigerungsähnliche Situation herbeiführen.

Auch der freihändige Verkauf ist Zwangsvollstreckung und stellt nach heute überwiegender Ansicht eine betreibungsrechtliche, zustimmungsbedürftige Verfügung dar (wie hier GASSER, 644; Nachweise bei LORANDI, Freihandverkauf, 18 FN 5 und 38 FN 126). Die auf BGE 106 III 82 zurückgehende Rechtsprechung wurde Gesetz: Auch für den Freihandverkauf von Grundstücken gilt Art. 143a («Für die Verwertung von Grundstükken…»). Art. 143a wiederum verweist auf

Art. 132a, welcher festhält, die Verwertung könne nur durch Beschwerde gegen den Zuschlag oder den Abschluss des Freihandverkaufs angefochten werden. Anders gesagt: Der Abschluss des Freihandkaufs kann nur durch Beschwerde angefochten werden. Eine Beschwerde nach Art. 17 wiederum richtet sich immer gegen eine «Verfügung eines Betreibungs- oder eines Konkursamtes» (wie hier LORANDI, Verwertung, 2).

III. Vorbereitung und Durchführung des Freihandverkaufs

1. Die Zustimmung der Beteiligten

Der Freihandverkauf ist nur zulässig, wenn ihm «alle Beteiligten» zustimmen. «Da das Zustimmungsrecht vor Schaden schützen will, kann gegen den beabsichtigten Verkauf nur einsprechen, wer durch den vereinbarten Preis einen Verlust erleiden würde und sich von einer öffentlichen Steigerung ein besseres Ergebnis erhofft» (GASSER, 643; in der Sache gleich LORANDI, Verwertung, 24f.). Darunter sind neben dem Schuldner im Allgemeinen alle Pfand- und Pfändungsgläubiger (auch solche nachgehender Pfändungsgruppen, welche nur Anspruch auf einen allfälligen Verwertungsüberschuss erheben können) sowie der Ehegatte des Schuldners in Gütergemeinschaft (vgl. Art. 221 ff. ZGB) zu verstehen.

Als «Beteiligter» haben weiter zu gelten der Dritte, welcher ein Pfand bestellt oder zu Eigentum erworben hat, sowie der Ehegatte des Schuldners oder des Dritten, falls das verpfändete Grundstück als Familienwohnung dient (vgl. Art. 153 Abs. 2).

Alle übrigen Personen, welche am Grundstück dinglich (Dienstbarkeit, Grundlast) oder realobligatorisch (vorgemerkte persönliche Rechte wie Miete oder Pacht) berechtigt sind, gelten als «Beteiligte», soweit ihre Rechte durch einen allfälligen Doppelaufruf gefährdet sind (ebenso LORANDI, Verwertung, 23f., GASSER, 643). Kommt ein Doppelaufruf, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Betracht, werden die fraglichen Rechte unbesehen der gewählten Verwertungsart auf den Erwerber überbunden. Die entsprechenden Berechtigten haben kein schützenswertes Interesse, den Freihandverkauf abzulehnen, weshalb ihre Zustimmung nicht erforderlich ist (LORANDI, Verwertung, 25).

Schliesslich können Pfand- und Pfändungsgläubiger, deren Forderungen inklusive Zinsen und Kosten durch ein vorliegendes Angebot vollständig gedeckt werden, die Zustimmung zum Freihandverkauf überhaupt nicht ablehnen (BGE 88 III 39 betr. Art. 256 Abs. 2; AMONN § 28 N 69; GASSER, 643; LORANDI, Freihandverkauf, 245, sowie DERS., Verwertung, 25, mit Hinweis auf Art. 332 bzw. 256 Abs. 2;). Sie sind deshalb nicht «Beteiligte» i.S.v. Art. 143b und brauchen um Zustimmung zum Freihandverkauf nicht ersucht zu werden.

2. Form und Wirkung der Zustimmung

LORANDI, Verwertung, charakterisiert die Zustimmung als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Als Willenserklärungen gelten im Zivilrecht Äusserungen, die darauf gerichtet sind, eine rechtliche Wirkung herbeizuführen (vgl. BUCHER OR AT, 40; VON BÜREN OR AT, 15; GAUCH/SCHLUEP N 168; GUHL/KOLLER/DUREY, 91; KOLLER OR AT I N 130FF.; VON TUHR/PETER, 154 U. 174). In concreto dürfte der Sonderfall der rechtsgeschäftsähnlichen Willenserklärung vorliegen (analog der Mahnung im OR): Die Beteiligten müssen den Willen haben, einem Freihandverkauf der Liegenschaft zuzustimmen, mithin eine Änderung der Aussenwelt zu bewirken. Nicht nötig ist, dass die Beteiligten auch die Rechtswirkungen wollen, die der Freihandverkauf nach sich zieht. Im übrigen sind alle Regeln, welche im Zusammenhang mit der privatrechtlichen Willenserklärung entwickelt wurden, auch auf die Zustimmung gemäss Art. 143b anzuwenden:

Die Zustimmung ist empfangsbedürftig, d.h. sie wird erst mit Eintreffen beim Betreibungsamt wirksam. Sie kann in analoger Weise zu OR 6 wenigstens dann widerrufen werden, wenn der Widerruf vor der Zustimmung beim Betreibungsamt eintrifft bzw. vom zuständigen Beamten zur Kenntnis genommen wird. Bei richtiger Betrachtung ist die Zustimmung, soweit sie nicht für einen bestimmten Zeitraum unwiderruflich erklärt wurde, jederzeit widerrufbar (vgl. dazu sogleich unten).

Die Zustimmung oder ihre Verweigerung reisen auf Gefahr ihres Absenders. Das heisst: Setzte das Betreibungsamt Frist zur Äusserung zum Freihandverkauf mit der Bemerkung, Nichtäusserung bedeute Zustimmung, so hilft dem Beteiligten der Nachweis nicht, innert Frist den Freihandverkauf abgelehnt zu haben, wenn seine Ablehnung beim Betreibungsamt nie eintrifft.

Widerruf und Befristung der Zustimmung: Unter Bezugnahme der Regeln zum Vertragsschluss wird in der Literatur vereinzelt die Frage nach der «Bindungswirkung» der Zustimmungserklärung sowie nach deren Widerrufbarkeit gestellt (vgl. LORANDI, Freihandverkauf, 240ff).

Durch Offerte und Akzept schliessen die Parteien gemäss den Bestimmungen des OR einen Vertrag, d.h. gehen eine Selbstbindung ein. Sie verändern damit den Bestand der gegenseitigen subjektiven Rechte und räumen sich, im allgemeinen gegenseitig, Normsetzungsbefugnisse ein (vgl. zum ganzen BUCHER, ORAT, 27ff., DERS, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965).

Von der Einräumung oder Begründung von subjektiven Rechten ist die Einräumung der Befugnis (Vollmacht) an einen Dritten zu unterscheiden, im Namen und auf Rechnung des Vertretenen tätig zu werden. Durch die Einräumung dieser Vollmacht wird am Bestand von subjektiven Rechten nichts geändert (das der Vollmacht allenfalls zugrundeliegende Vertragsverhältnis zwischen den Parteien, etwa Auftrag/Arbeitsvertrag, hat mit der Vollmachterteilung selbst nichts zu tun). Vielmehr wird die Handlungsfähigkeit des Stellvertreters insofern erweitert, als er nun mit Wirkung für andere Rechtsgeschäfte abschliessen kann.

Aus der Natur der Zwangsverwertung ergibt sich, dass das Betreibungsamt die Liegenschaft nicht im Namen des Schuldners, sondern aus eigenem (öffentlichen) Recht veräussert. Gleichwohl bewirkt die Zustimmung der Beteiligten zum Frei-

handverkauf eine den Rechtswirkungen der Vollmachtserteilung ähnliche Erweiterung der Handlungsfähigkeit des Betreibungsamtes. Es wird in die Lage versetzt, die Verwertung auf eine ohne Zustimmung nicht zulässige Weise vorzunehmen. Die «Beteiligten» ermächtigen das Betreibungsamt zur Vornahme einer Amtshandlung mit Auswirkungen in ihrem jeweils eigenen Rechtsbereich. Damit wird die Zustimmung zum Freihandverkauf der Rechtsfigur der Vollmacht i.S.v. OR 32ff. angenähert.

Wie bei der Stellvertretung eine Vollmacht des Stellvertreters grundsätzlich im Moment des Geschäftsabschlusses vorliegen muss, ist Art. 143b nichts anderes zu entnehmen, als dass im Moment des Abschlusses des Freihandverkaufs die gültige Zustimmung aller Beteiligter vorliegen muss.

Die Vollmacht ist jederzeit frei widerruflich, OR 34 (Bucher OR AT, 610; zur Zulässigkeit des Verzichts der Geltendmachung des Widerrufs Von Tuhr/Peter p. 367f.). Da sich aus dem SchKG nichts anderes ergibt, und weil nach Art. 143b die Zustimmung der Beteiligten im Zeitpunkt des Abschlusses des Freihandverkaufs vorliegen muss, ist deshalb auch die Zustimmung als grundsätzlich widerruflich anzusehen.

Nichts spricht hingegen dafür, auch OR 34 Abs. 2 («Ein vom Vollmachtgeber zum voraus erklärter Verzicht auf das Widerrufsrecht ist ungültig») anwendbar zu erklären, zumal diese Bestimmung auch im Zivilrecht umstritten ist (vgl. im Einzelnen Von Tuhr/Peter, 368). In der Praxis ist deshalb von den Beteiligten zu verlangen, ihre Zustimmung bis zu einem bestimmten Termin unwiderruflich zu erteilen (vgl. dazu das Beispiel einer Einverständniserklärung bei Häusermann, Freihandverkauf, 17).

Form der Zustimmung: Die Zustimmung zum Freihandverkauf ist von Gesetzes wegen an keine besondere Form gebunden. Im Gegensatz zu Art. 133 Abs. 2, bei dem ausdrückliche Zustimmung gefordert ist, genügt im Rahmen von Art. 143b eine konkludente Zustimmung der Beteiligten (Gasser, 643). Sie darf z.B. angenommen werden, wenn das Betreibungsamt Frist setzt zur Rückäusserung, ob die Liegenschaft freihändig verwertet werden kann, und innert Frist eine Stellungnahme nicht eingeht. Auf diese Rechtsfolge sind die Beteiligten bereits bei der Aufforderung zur Zustimmung aufmerksam zu machen. In der Praxis verdient die schriftliche Zustimmung der Beteiligten den Vorzug (Amonn § 28 N 70).

Fehlen der Zustimmung: Liegt eine Zustimmung der Beteiligten nicht vor, oder wurde sie gültig widerrufen, so fehlt es an einer Voraussetzung des Freihandverkaufs, und dieser wird nach Massgabe von Art. 143a i.V.m. Art. 132a anfechtbar, nicht etwa nichtig (BGE 107 III 24; Lorandi, Freihandverkauf, p. 191). Liegt eine Zustimmung deshalb nicht vor, weil einzelne Beteiligte erst nach Perfektion des Freihandverkaufs als solche erkannt werden, kann das Betreibungsamt die Verwertung insofern retten, als es den Betroffenen den Freihandverkauf anzeigt, unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung und insbesondere das Beschwerderecht. Damit beginnt die 10tägige Anfechtungsfrist für die nichtzustimmenden Betroffenen ohne Zweifel zu laufen. Wird Beschwerde erhoben, ist der Verkauf in Anwendung von Art. 17 Abs. 4 aufzuheben und die öffentliche Versteigerung der Liegenschaft anzuordnen. Unterlässt der betroffene Beteiligte dagegen die Beschwerdeführung, wird der Freihandverkauf rechtskräftig.

IV. Anwendbare weitere Gesetzesbestimmungen

Der Gesetzgeber erklärt in Art. 143b die Art. 138 Abs. 2 Ziffer 3 und Absatz 3 sowie Art. 140 als direkt, die Art. 135–137 als indirekt anwendbar. Hinweise auf die übrigen Bestimmungen über die Zwangsverwertung von Grundstücken fehlen. Wie aus den nachfolgenden Ausführungen ersichtlich wird, kann die Aufzählung der auf den Freihandverkauf anwendbaren übrigen Gesetzesbestimmungen nicht abschliessend gemeint sein: Die sich daraus ergebenden Konsequenzen würden keinen Sinn machen. Dies gilt insbesondere für die Art. 139 (Spezialanzeige) und Art. 142 (Doppelaufruf), aber auch in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 138.

Anwendung von Art. 135 bis 137

Gemäss Art. 143b hat der Freihandverkauf zwar nicht in direkter, aber doch in «entsprechender Anwendung der Artikel 135–137» zu erfolgen. Damit ist klargestellt, dass die Verkaufsbedingungen den in Art. 135 genannten Inhalt aufzuweisen haben, dass die Abwicklung der Veräusserung zu den Zahlungsbedingungen gemäss Art. 136 zu erfolgen hat und dass das Betreibungsamt auch ein freihändig verkauftes Grundstück auf Rechnung und Gefahr des Erwerbers zu verwalten hat, bis der vollständige Erwerbspreis entrichtet ist (Art.137).

Zu Doppelaufruf (Art.142) und Deckungsprinzip (Art.142a)

Von seiner inhaltlichen Geltung kann Art. 142 auch im Freihandverkauf nichts einbüssen. Die Grundsätze gibt das materielle Recht vor (ZGB 812 Abs. 2). Nicht nur weil das ZGB von «Verwertung» und nicht von «Versteigerung» spricht, sondern aus dem Zweck der Vorschrift ergibt sich: Bei jeder Verwertungsart muss der Grundpfandgläubiger verlangen können, dass nachträglich ohne seine Einwilligung eingetragene Lasten zu löschen sind, soweit sie seine Pfanddeckung schmälern (wie hier Amonn, § 28 N 77; Gasser, 643; Lorandi, Freihandverkauf, 163; ohne nähere Begründung a.M. ZBGR 1996, 383).

Das Verfahren zur Wahrung der Rechte des Grundpfandgläubigers kann im Rahmen eines Freihandverkaufs nicht dasselbe sein wie an einer Versteigerung. Den in Art. 812 ZGB und 142 SchKG enthaltenen Rechtsgedanken ist u.E. Genüge getan, wenn das Betreibungsamt mit den Interessenten Preise mit und ohne Last aushandelt. Der Berechtigte ist hierauf einzuladen, die Differenz zu begleichen – diesfalls geht die Last über. Andernfalls ist ohne weiteres das höchste Angebot zu berücksichtigen, und ist es ein solches «ohne Last», so ist die Last im Grundbuch zur Löschung anzumelden, sofern sich dadurch für den Gläubiger, der den Doppelaufruf verlangt hat, ein besseres Ergebnis ergibt.

Bleibt ein Teil des Mehrerlöses nach der Befriedigung des Grundpfandgläubigers übrig, so hat der aus der nunmehr gelöschten Dienstbarkeit oder Grundlast Berechtigte «gegenüber nachfolgenden Eintragungen» für den Wert der Belastung Anspruch auf vorgängige Befriedigung aus dem Erlös (ZGB 812 Abs. 3). Das Betreibungsamt fordert dabei den Berechtigten auf, innert 1 0 Tagen den Wert der Belastung anzugeben, den diese seiner Ansicht nach aufweist, (VZG 116 Abs. 1).

Es versteht sich von selbst, dass das Deckungsprinzip nicht nur in der Zwangsversteigerung, sondern auch beim Freihandverkauf einzuhalten ist – jede andere Lösung liesse sich nicht begründen (wie hier Amonn, § 28 N 76).

Zum Zahlungsverzug (Art. 143)
Die Regelung über den Zahlungsverzug des Erwerbers, wie sie in Art. 143 vorgesehen ist, gilt per analogiam auch für den Freihandverkauf. Eine abweichende Regelung, insbesondere eine verminderte Haftung des Freihand- gegenüber dem Steigerungskäufer, liesse sich nicht rechtfertigen (wie hier Gasser, 644).

Die Ausübung von Vorkaufsrechten (VZG 51, 60a)
Auch der Freihandverkauf ist Zwangsverwertung und bildet deshalb keinen Vorkaufsfall, der zur Ausübung von vertraglichen Vorkaufsrechten berechtigen würde (VZG 51, OR 216). Dagegen können die gesetzlichen ausgeübt werden wie bei der Versteigerung (vgl. dazu den Aufsatz von Christoph Mutti).

Über das Vorgehen des Betreibungsamtes in einem solchen Fall schweigen sich Gesetz und Verordnungen aus. Gemäss VZG 60a können gesetzliche Vorkaufsrechte nur an der Steigerung selbst und nur zu den Bedingungen, zu welchen das Grundstück zugeschlagen wird, ausgeübt werden. Die Vorkaufsberechtigten haben sich unmittelbar nach dem dreimaligen Aufruf des Höchstangebotes über die Ausübung oder Nichtausübung ihres Vorkaufsrechts zu äussern.

Aus diesen Vorschriften ergibt sich, dass der Vorkaufsberechtigte nach Abschluss der Freihandverkaufsverhandlungen anzufragen ist, ob er zu den ausgehandelten Bedingungen in den Vertrag eintreten wolle. Dabei kann dem Berechtigten eine ausserordentlich kurze Frist gesetzt werden – an der Steigerung müsste er sich auf der Stelle entscheiden. Es genügt somit, wenn der Berechtigte im Falle des Freihandverkaufs aufgefordert wird, sich z.B. innert zwei Tagen zu äussern.

Die Nichtäusserung des Berechtigten ist in jedem Fall als Verzicht auf die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts zu interpretieren. Die Erklärung des Berechtigten reist auf dessen eigene Gefahr.

Anwendbarkeit von BGBB und BewG
An der Anwendbarkeit des BGBB und BewG (vgl. dazu Komm. zu Art. 133 und 135) ändert die Art der Verwertung nichts. Beide Gesetze sind beim Freihandverkauf nicht anders als bei der Zwangsversteigerung zu berücksichtigen (Amonn § 28 N 74).

V. Insbes. die Durchführung eines Lastenbereinigungsverfahrens

Teilanwendung von Art. 138
Entsprechend den Eigenheiten des Freihandverkaufs ist Art. 138 nur zum Teil anwendbar. Ort, Tag und Stunde des Freihandverkaufs können naturgemäss nicht zum voraus bekanntgegeben werden – sie stehen im Moment der Bekanntmachung des Verkaufs noch gar nicht fest. Nachdem keine Steigerungsbedingungen aufzulegen sind, erübrigt sich auch die Angabe des Tages, von welchem an diese zur Ansicht aufliegen.

Damit ist auch klar, weshalb der Gesetzgeber Art. 138 Abs. 1 nicht für anwendbar erklärte, wohl aber Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3 sowie Abs. 3. Es ergibt sich folgende Regelung:

1. Die Bekanntmachung (Publikation) hat öffentlich wenigstens einen Monat vor Beginn der vorgesehenen Vertragsverhandlungen zu erfolgen, unter Angabe des in Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3 genannten Inhalts, d.h. insbesondere unter Aufforderung zur Anmeldung der Rechte (vgl. Amonn § 28 N 71; Gasser, Das revidierte SchKG, in: Sonderausgabe SchKG von in dubio, Bern 1996, 15;). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Berechtigte aus Lasten am Grundstück, welche sich nicht aus dem Grundbuch ergeben, nicht auch im Falle des Freihandverkaufs aufgefordert werden müssten, ihre Ansprüche einzugeben (wie hier Amonn § 28 N 21; Gasser, ZBJV 1996, 644; Spühler/Stücheli/Pfister, 122; a.M. Lorandi, Freihandverkauf, 56). Dies gilt namentlich im Hinblick auf die weitreichenden Konsequenzen einer Unterlassung der Anmeldung (u.U. Untergang des Rechts). Wird mit der Publikation zusammen auf die beabsichtigte Verkaufsart verwiesen, lässt sich ein breiterer Markt herstellen (Gasser, 644).
2. Es hat in jedem Fall eine Spezialanzeige nach Art. 139 zu erfolgen (vgl. dazu sogleich unten lit. b), unter Angabe des in Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3 genannten Inhalts;
3. Ein Freihandverkauf kann, da alle Verfahrensvorschriften eingehalten wurden, auch erfolgen, wenn zuerst in Anwendung von Art. 138 eine öffentliche Steigerung angekündigt wurde, sich die Beteiligten in der Folge aber auf die Durchführung eines Freihandverkaufs einigen.

Die Spezialanzeigen nach Art. 139
In der Aufzählung der sinngemäss oder direkt anwendbaren Gesetzesbestimmungen für den Freihandverkauf in Art. 143b fehlt Art. 139. Damit sollen in einem Verfahren, das von der Zustimmung aller Beteiligten abhängig ist, keine Spezialanzeigen verschickt werden müssen. Dies leuchtet nicht ein. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass wie bei der Versteigerung den in Erfahrung gebrachten Beteiligten am Tag der Publikation des Freihandverkaufs (vgl. oben) eine Spezialanzeige i.S.v. Art. 139 zuzustellen ist.

Volle Anwendung von Art. 140
Das Lastenbereinigungsverfahren ist in gleicher Weise durchzuführen wie bei der Verwertung der Liegenschaft durch öffentliche Versteigerung. Eine abweichende Regelung ergäbe auch keinen Sinn:

Wie bei der Steigerung hat auch der Erwerber im Freihandkauf Anspruch darauf, dass die Verhältnisse vorgängig geordnet werden, d.h. dass er sich ein genaues Bild über die auf dem Grundstück ruhenden Lasten machen kann. Auch Pfandgläubiger und übrige Beteiligte haben ein schützenswertes Interesse an klaren Verhältnissen, wenn sie die Zustimmung zum Freihandverkauf geben.

Keine Bekanntmachung der Verkaufsbedingungen
Gemäss Art. 143b hat der Freihandverkauf «in entsprechender Anwendung der Artikel 135–137» zu erfolgen. Diese regeln den Inhalt der Steigerungsbedingungen sowie Zahlungsmodus und Zahlungsfrist.

Es entspricht dem Normzweck von Art. 143b (vgl. dazu oben Ziff. I), dass Art. 134 nicht zur Anwendung kommt: Die Verkaufsbedingungen brauchen nicht während zehn Tagen öffentlich aufgelegt zu werden.

Angebot des Schätzpreises
Der Freihandverkauf soll auch mit Zustimmung aller Beteiligten (vgl. dazu oben Ziff. 1) nur abgeschlossen werden können, wenn das Angebot den Schätzwert des Grundstücks erreicht. Unter dem Schätzwert ist nicht der erste, anlässlich der Pfändung festgelegte, sondern der Schätzwert zu verstehen, wie er sich nach abgeschlossenem Lastenbereingungsverfahren (vgl. dazu oben Ziff. 2) ergeben hat (wie hier GASSER, 643).

Die Beschränkung des Freihandverkaufs auf das Erreichen des Schätzwertes erscheint problematisch. Wie die Erfahrung zeigt, gehen auch Schätzungen anerkannter Experten zuweilen um 50 Prozent auseinander. Bei sogenannten Problemliegenschaften wie grösseren Gewerbekomplexen, Industrieanlagen oder Lagerräumen kann es schwierig, ja unmöglich sein, ex ante zu beurteilen, wie der Markt ein Verkaufsangebot aufnehmen wird. Die umsichtig geführten Verhandlungen zum Freihandverkauf aber sind das beste Mittel zur Abtastung des Marktes. Die sich zeigenden Resultate können vom Schätzpreis nach unten so gut wie nach oben abweichen.

Die (zu)große Bedeutung, welche der Gesetzgeber hier dem Schätzpreis beigemessen hat, lässt sich in der Praxis nicht korrigieren. Sie mag für den Experten Anlass sein, die Schätzung besonders umsichtig vorzunehmen.

VI. Zustandkommen des Freihandverkaufs

Anwendbares Recht
Es kommt, entgegen dem verwirrenden Ausdruck «Freihandverkauf», nicht Obligationenrecht, sondern ausschliesslich Zwangsverwertungsrecht, also Verwaltungsrecht, zur Anwendung. Angesichts der besonderen Natur der vorzunehmenden Verwaltungshandlungen werden indes manche Rechtsinstitute und Vorstellungen des Obligationenrechts analog zur Beantwortung sich stellender Fragen beigezogen, vgl. dazu sogleich unten.

«Offerte» und «Akzept»
Wie oben ausgeführt, handelt es sich bei der freihändigen Veräusserung einer Liegenschaft um eine zustimmungsbedürftige Verfügung. Im allgemeinen wird die Verfügung auf ein vorliegendes, als gut erachtetes Angebot eines Interessenten erfolgen. Es fragt sich deshalb, ob die vertragsrechtlichen Regeln über Offerte und Akzept der besonderen Natur des Freihandverkaufs gerecht werden.

aa) Angebote der Interessenten
Nichts hindert, auf die Angebote der Interessenten die Regeln des Obligationenrechts anzuwenden. Das bedeutet insbesondere, dass der Interessent an sein Angebot, die «Offerte», unter Anwesenden nur für die Dauer des Gesprächs gebunden ist. Bei Unterbreitung eines schriftlichen Angebotes ist er gebunden, bis nach den Umständen eine Antwort zu erwarten ist. Dies gilt alles allerdings nur, soweit die Angebote nicht befristet sind, d.h. der Anbieter eine Bindung während einer bestimmten Zeit eingeht. Diesfalls sind diese Fristen massgebend.

Auch die Angebote für den freihändigen Erwerb einer Liegenschaft haben vorbehaltlos und ohne Bedingungen zu erfolgen. Die sich andernfalls ergebende Rechtsunsicherheit in bezug auf das weitere rechtliche Schicksal der verwerteten Liegenschaft ist weder dem Schuldner noch den Gläubigern oder übrigen Beteiligten zumutbar. Will der Erwerber sein Angebot vom Eintritt einer Bedingung (Beispiel: Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung, Erteilung einer Ausnahmegenehmigung, Umzonung o.dgl.) abhängig machen, so hat das Betreibungsamt zu prüfen, ob mit dem Freihandverkauf bis zum Eintritt oder definitiven Ausfall der Bedingung zugewartet werden kann. Dabei sind wie üblich die Interessen aller am Verfahren Beteiligter im Auge zu behalten, doch ist denkbar, dass sich auf diese Weise ein wesentlich günstigeres Verwertungsresultat erzielen lässt als bei Verwertung während der Ungewissheit über die weitere Entwicklung.

Auf diese Weise kann auf zukünftige, unsichere Ereignisse Rücksicht genommen werden, ohne dass es nötig wäre, eine suspensiv oder gar resolutiv bedingte Freihandverkaufsverfügung zu erlassen. Diese könnte auch gar nicht in das Grundbuch eingetragen werden (Art. 12 GBV).

bb) Perfektion des Vertrages: Die Verfügung des Betreibungsamtes
Der Vertrag zwischen dem Erwerber und dem Betreibungsamt wird in jedem Fall durch die Freihandverkaufsverfügung perfekt. Nachdem es sich um eine zustimmungsbedürftige Verfügung handelt, dürfte die Zustimmung in den meisten Fällen durch Vorlage eines Angebotes ex ante erklärt worden sein. Der Freihandverkaufsverfügung kommt in diesem Falle der Charakter des Akzepts eines zivilrechtlichen Vertrages zu.

Wie im Bereich des Zivilrechts ist aber auch im Zwangsverwertungsrecht denkbar, dass das «Akzept» sich nur vermeintlich mit einer Offerte deckt, etwa weil das Betreibungsamt andere als die offerierten Zahlungsbedingungen verfügt. Im OR stellt eine solche, den Vertragsinhalt modifizierende Willenserklärung eine erneute Offerte dar, welche angenommen oder auch abgelehnt werden kann.

Während bei obligationenrechtlichen Verträgen diesfalls streitig ist, ob sie zu-

standegekommen sind bzw. bei einem Schweigen des Empfängers durch konkludentes Verhalten zustandekommen (vgl. statt aller BUCHER, OR Art, 142, welcher auf das Element der Zumutbarkeit der Remonstration abstellt), liegt beim Freihandverkauf jedenfalls eine förmliche Verfügung des Betreibungsamtes vor. Nach Massgabe von Art. 143a i.V.m. Art. 132a kann diese Verfügung nur durch Beschwerde angefochten werden. Es genügt also nicht, dass der Erwerber, welcher feststellt, dass das Betreibungsamt das Grundstück zu anderen als den vereinbarten Konditionen ihm zuschlägt, eine Erklärung abgibt, er wolle den Vertrag zu den neuen Konditionen nicht abschliessen. Er hat vielmehr förmlich Beschwerde nach Art. 17 zu erheben.

Die Fälle einer Verfügung, welche zufolge schwerwiegendster Mängel nach allgemeinem Verwaltungsrecht als nichtig anzusehen sind, bleiben vorbehalten, werden jedoch in der Praxis wohl kaum eine Rolle spielen.

VII. Öffentliche Beurkundung?

Nach heute wohl herrschender Ansicht bedarf der freihändige Verkauf von Grundstücken in der Zwangsverwertung keiner öffentlichen Beurkundung i.S.v. Art. 216 OR bzw. Art. 657 ZGB (AMONN § 28 N 75; GASSER, 644; HAAB/SIMONIUS SCHERRER/ZOBL, Art. 656 ZGB N 64, Art. 657 ZGB N 4; LORANDI, Freihandverkauf, 107, ZBGR 1996, 407f; a.M. BGE 106 III 85 E.7 m.w.H.; STUTZ, 109; ZBGR 1996, 383.). Ebenso urteilte die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kontons Bern vom 31. 10. 1997 (siehe hinten Rubrik «Rechtsprechung» S. 34 ff.). Die herrschende Lehre verdient den Vorzug gegenüber der Ansicht des Bundesgerichts:

Die Formvorschrift von OR Art. 216 bezieht sich auf «Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben», also «auf obligatorische Vereinbarungen, das Eigentum an einem Grundstück gegen Entgelt zu übertragen» (OR-HESS, N 3 zu Art. 216). Um eine solche obligatorische Vereinbarung handelt es sich weder beim Steigerungszuschlag noch beim zwangsverwertungsrechtlichen Freihandverkauf: Bei beiden Formen der Eigentumsübertragung handelt es sich um Betreibungshandlungen, die nur auf dem Weg über Art. 17 angefochten werden können. Zuschlag in der Steigerung und Abschluss des Freihandverkaufs teilen somit das rechtliche Schicksal im Hinblick auf das anwendbare Recht, das einzuschlagende Verfahren, die anbringbaren Rügen sowie die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Behörden. Bereits die grammatikalische Auslegung von OR Art. 216 ergibt somit, dass der Beurkundungszwang auf die Veräusserung von Liegenschaften in der Zwangsverwertung keine Anwendung findet.

Zum gleichen Ergebnis führt eine teleologische, nach dem Sinn und Zweck von Formvorschriften im Grundstückkauf fragende Auslegung. Wie LORANDI, Freihandverkauf, 103ff. nachweist, können weder der die zivilrechtliche Form rechtfertigende Übereilungsschutz noch die ebenfalls genannte Förderung der Präzision des Vertrages für die Zwangsverwertung von Liegenschaften ins Gewicht fallen:

Der Schutz vor Übereilung ist namentlich für den Veräusserer von Bedeutung, der vom Gesetzgeber als besonders bedeutsam erachtetes Grundeigentum aus der Hand gibt. Im Zwangsverwertungsverfahren ist die Zustimmung des Eigentümers indes von untergeordneter Bedeutung: Sie spielt nur eine Rolle in der vorzeitigen Verwertung (Art. 133 Abs. 2) bzw. im Einverständnis mit dem Freihandverkauf nach Art. 143b Abs. 1. Dass dieses Einverständnis öffentlich beurkundet werden müsse, wird von niemandem verlangt. Vielmehr kann dieses Einverständnis formfrei (aus Gründen der Beweissicherung mit Vorteil schriftlich) erfolgen. Damit aber ist die Mitwirkung des (noch-) Eigentümers am Freihandverkauf zu Ende: Eine allfällige öffentliche Urkunde müsste die Unterschriften des Betreibungsamtes als veräussernder Behörde und des Erwerbers tragen.

Der Übereilungsschutz auf seiten des Erwerbers aber kann nicht im Ernst Anlass zur öffentlicher Beurkundung des Freihandverkaufs im Zwangsverwertungsverfahren sein: An der öffentlichen Versteigerung genügt es, ein das vorhergende übersteigendes Angebot zu machen, um im Falle, da dieses nicht seinerseits überboten wird, mit dem Zuschlag Eigentümer der versteigerten Liegenschaft zu werden. Die Angebote an der Steigerung werden unter Zeitdruck gemacht (zum Ersten…, zum Zweiten…) und in einer Atmosphäre, von der auch das Bundesgericht annimmt, sie sei geeignet, möglichst hohe Angebote hervorzurufen (was gerade als Argument nicht gegen, sondern für die öffentliche Versteigerung verstanden wird).

Demgegenüber befindet sich der Erwerber im Freihandverkauf in spe in der angenehmen Lage, während der Dauer der Vertragsverhandlungen mit dem Betreibungsamt sich das Geschäft reiflich überlegen zu können, Finanzierungsmöglichkeiten abzuklären und die Zukunftsaussichten des Geschäftes abzuschätzen. Der Freihandkäufer bedarf somit, gerade im Verhältnis zum Steigerungskäufer, durchaus keines zusätzlichen Übereilungsschutzes.

Schliesslich kann auch die angestrebte Klarheit des Vertrages nicht Grund zur öffentlichen Beurkundung sein: Das Betreibungsamt erarbeitet in einem aufwendigen, gesetzlich sorgfältig geregelten Verfahren alle Grundlagen des Verkaufs (Aufforderung zur Forderungseingabe, Lastenbereinigung, Festlegung der Verkaufsbedingungen, vgl. oben). In der öffentlichen Versteigerung münden diese Vorbereitungen in den Zuschlag, welcher von Gesetzes wegen den unmittelbaren Übergang des Eigentums auf den Erwerber nach sich zieht. Weshalb die gleichen Vorbereitungen des Betreibungsamtes nicht geeignet sein sollten, einen Eigentumsübergang aufgrund hinreichend klarer Verhältnisse im Freihandverkauf zu bewirken, ist nicht ersichtlich. Die Problematik der gegenteiligen Ansicht wird deutlich durch die in ZBGR 1996, 383 vertretene Ansicht, Rechtsgrundlage des Veräusserungsgeschäfts im Freihandverkauf bilde das Grundbuch, nicht das Lastenverzeichnis.: «Das Lastenverzeichnis bildet nur noch die Grundlage für die

Verteilung des Erlöses» (ZBGR a.a.O). Davon kann nach der hier vertretenen Ansicht keine Rede sein. Insbesondere ist nicht einsichtig, wie die Wahl der Verwertungsart (Versteigerung oder Freihandverkauf) die Rechtsnatur der vorher stattfindenden Stadien des Verwertungsverfahrens (hier: Lastenbereinigung) soll beeinflussen können. Die Transparenz der Freihandverfügung ist gewährleistet durch die Zustimmungsbedürftigkeit von Grundpfandgläubigern und Schuldner. Der Hinweis auf den beabsichtigten Freihandverkauf bereits im Aufruf zur Anmeldung der Rechte schliesslich verhindert, «dass die Grundstücke ‹heimlich, still und leise› in einem kleinen Club, bestehend aus dem Schuldner sowie den Pfändungs- und Grundpfandgläubigern, verwertet werden – unter Ausschluss aller nicht-betreibenden Gläubiger (…)» (Gasser, 644).

Allfällige Fehler des Betreibungsamtes im Rahmen einer freihändigen Veräusserung fallen ebenso schwer oder leicht ins Gewicht wie bei einer öffentlichen Versteigerung und können, wie dargestellt, unter den gleichen Voraussetzung wie jene mit dem gleichen Rechtsmittel angefochten werden. Dass die Urkundsperson, welche mit dem zwangsverwertungsrechtlichen Verfahren im allgemeinen kaum und mit dem konkreten Fall überhaupt nicht befasst ist, diese Fehler entdecken könnte, erscheint wenig wahrscheinlich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, «dass sich die öffentliche Beurkundung erübrigt, weil das vom Betreibungsamt über den Veräusserungsakt erstellte Protokoll gemäss Art. 8 Abs. 2 SchKG einen Rechtsgrundausweis eigener Art darstellt, welcher den Schutzzweck der öffentlichen Beurkundung (vgl. BGE 99 II 360) abdeckt» (ZBGR 1996, 408). Erforderlich, aber auch genügend ist die Protokollierung des Freihandverkaufs und der Erlass einer schriftlichen Verkaufsverfügung (Amonn § 28 N 75).

Rechtsfolgen des Freihandverkaufs – Übergang des Eigentums

Gemäss ZGB Art. 656 Abs. 2 geht in der «Zwangsvollstreckung» das Eigentum an der verwerteten Liegenschaft bereits vor dem Eintrag ins Grundbuch auf den Erwerber über. Entgegen anderslautender Lehre (Stutz, 109f.) und Rechtsprechung (BGE 106 III 85) muss deshalb auch bei der Übertragung der Liegenschaft im Freihandverkauf gelten, dass das Eigentum ausserbuchlich übergeht (wie hier Amonn § 28 N 79).

Der vorliegende Text folgt den Ausführungen von Häusermann/Stöckli/Feuz, Basler Kommentar zum SchKG zu Art. 143b, vorauss. Publik. im Frühling 1998.

Literatur: Gasser Dominik, Revidiertes SchKG – Hinweise auf kritische Punkte, ZBJV 1996, 643 ff.; Häusermann, Markus, Freihandverkauf von Immobilien im revidierten SchKG, in: ST 1995, 513 ff; Lorandi, Franco, Der Freihandverkauf im Schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. SG 1994 (zit. Lorandi, Freihandverkauf); Ders., Änderungen, Neuerungen und Altbewährtes bei der Verwertung, in: Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG), Tagung vom 4. April 1995, St.Gallen 1995 (zit. Lorandi, Verwertung); Stutz Felix, Der Freihandverkauf im SchKG, Diss. ZH 1978.