

## 6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht / Organisation judiciaire et procédure

### 6.3. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht / Exécution forcée et faillite

#### (9) Freihandverkauf eines Grundstückes im Konkurs.

Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 24.1.2002 (7B.256/2001).

Bemerkungen von Dr. FRANCO LORANDI,  
LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter  
an der Universität St. Gallen (HSG)



#### A. Sachverhalt

Im Konkurs des M. hatte die ausseramtliche Konkursverwaltung Miteigentumsanteile an einem Grundstück zu verwerten; Miteigentümer war J. Im Verfahren nach Art. 256 SchKG machten verschiedene Interessenten Offerten: S. SA auf Rechnung eines nicht genannten Kunden (CHF 1.6 Mio., welcher Betrag am 11. Mai 2000 auf CHF 1.7 Mio. erhöht wurde), C. (CHF 1.6 Mio. am 11. April 2000) sowie X., eine Aktiengesellschaft in Gründung, welche mit Datum 19. Dezember 2000 ins Handelsregister eingetragen wurde (CHF 1.675 Mio. am 20. Juni 2000).

Im Konkurs wurde entschieden, eine "private Versteigerung" durchzuführen, welche am 13. Juli 2000 stattfand. Aufgrund des Protokolls, welches errichtet wurde, machte die S. SA das höchste Angebot (CHF 1.835 Mio.). Dieser Preis war festgesetzt und die Grundstücke wurden an diese Gesellschaft verkauft. Falls diese Gesellschaft nicht errichtet würde, würde die unmittelbar tiefere Offerte der X. in Gründung (CHF 1.830 Mio.) berücksichtigt und vollzogen. Ein Kaufvertrag wurde innert Frist nicht abgeschlossen. Der Miteigentümer J. widersetzte sich dem Verkauf. Schlussendlich wurde mit Zustimmung von J. ein notariell beurkundeter Kaufvertrag vom 7. und 12. Dezember 2000 abgeschlossen, jedoch nicht mit der S. SA, sondern mit Y. Dies wurde am 2. Februar 2001 publiziert.

Am 26. März 2001 führte X. Beschwerde und verlangte die Aufhebung des Zuschlages der Grundstücke an die S. SA, die Aufhebung des Kaufes an Y. und den Zuschlag der Grundstücke an sich selbst, eventualiter die Durchführung einer neuen Steigerung.

Nachdem die Beschwerde von der kantonalen Aufsichtsbehörde abgewiesen worden war, führte X. Beschwerde an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts und machte geltend, es sei die Nichtigkeit der Verwertung festzustellen.

#### B. Entscheid (Zusammenfassung):

3. a. Die Verwertungsmethoden der Zwangsversteigerung und des Freihandverkaufes unterscheiden sich vor allem hinsichtlich der Preisbildung, nicht hingegen in Bezug auf ihre rechtliche Natur: Die Eine wie die Andere charakterisiert sich als Institut der Zwangsverwertung, d.h. als Akt der Staatsgewalt, welche zum Zweck hat, Vermögen zwangs-

zuverwerten. Als Folge sind beide Verwertungsarten mit betreibungsrechtlicher Beschwerde anfechtbar (BGE 106 III 79 E. 4; Art. 132a SchKG; Botschaft zur Revision des SchKG vom 8. Mai 1991, 112).

b. Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung unterwarf die beiden Zwangsverwertungsarten verschiedenen Formvorschriften. Dies zum einen deshalb, weil die Zwangsversteigerung – anders als der Freihandverkauf – auf einem präzise gesetzlich geregelten Vorverfahren (Publikation der Versteigerung, Erstellen eines Lastenverzeichnisses, Lastenbereinigungsverfahren, Aufstellen der Steigerungsbedingungen) beruht und andererseits weil der Zuschlag in der Öffentlichkeit erfolgt und damit der öffentlichen Kontrolle unterliegt (BGE 106 III 79 E. 7).

Das erste Argument hält vor dem im Rahmen der Revision eingeführten Art. 143b Abs. 2 SchKG nicht mehr Stand. Diese Bestimmung sieht vielmehr vor, dass auch der Freihandverkauf nur aufgrund eines Lastenverzeichnisses und nach allenfalls erfolgter Lastenbereinigung im Sinne von Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3 sowie Art. 140 SchKG stattfinden kann. Sodann finden die Bestimmungen über den Inhalt der Steigerungsbedingungen (Art. 135 SchKG), über die Zahlungsbedingungen (Art. 136 SchKG) sowie die Zahlungstermine (Art. 137 SchKG) analog Anwendung. Wenn, wie vorliegend, der Freihandverkauf im Rahmen eines Konkursverfahrens stattfindet (Art. 256 Abs. 1 SchKG), so hat das Konkursamt ein Lastenverzeichnis zu erstellen (Art. 26 und Art. 58 Abs. 2 KOV; Art. 125 VZG). Die Bestimmungen über die Steigerungsbedingungen und die Zahlungsbedingungen, namentlich Art. 45 VZG (insbesondere Abs. 1 lit. a und e), Art. 46 ff. und Art. 63 VZG sind aufgrund der Verweisung von Art. 259 SchKG und Art. 130 Abs. 1 VZG analog anwendbar.

Das zweite Argument, welches auf die öffentliche Kontrolle Bezug nimmt, ist nicht stichhaltig, da die Öffentlichkeit keine öffentliche Kontrolle wahrnimmt, sondern es soll durch Attraktion einer grossen Zahl von Kaufinteressenten eine bestmögliche Verwertung ermöglicht werden (GILLÉRON, N 32 f. zu Art. 143b SchKG).

c. Der Freihandverkauf ist ebenfalls mit Beschwerde anfechtbar (Art. 132a Abs. 1 und Art. 259 SchKG). Das Amt muss ein Protokoll errichten (Art. 8 Abs. 1 und Art. 72 KOV), welches Protokoll öffentlichen Glauben genießt (Art. 9 ZGB und Art. 8 Abs. 2 SchKG) und als Legitimationsausweis für den Erwerb des veräusserten Objektes gilt. Es handelt sich dabei – wie bei der Zwangsversteigerung – um einen originären Eigentumserwerb: Der Rechtsübergang erfolgt von Gesetzes wegen aufgrund der Verfügung der Konkursverwaltung, so dass der Eintrag im Grundbuch, welcher von Amtes wegen zu erfolgen hat (Art. 66 Abs. 1 VZG), nur noch deklaratorischen Charakter hat (Art. 656 Abs. 2 ZGB; STEINAUER, 197). Auch die Lehre anerkennt heute in ihrer grossen Mehrheit, dass sich eine öffentliche Beurkundung nicht rechtfertigt, da – gleich wie bei der Zwangsversteigerung – ein Protokoll zu errichten ist, welches öffentlichen Glauben genießt und auf Vorbereitungs-handlungen, Grundbuchauszügen (Art. 8 und 28 VZG;

Art. 26 und 58 Abs. 2 KOV) sowie auf einer vorgängigen Lastenbereinigung basiert (AMONN/GASSER, § 28 Rz. 75; BLUMENSTEIN, 440; GILLÉRON, N 29 ff. zu Art. 143b SchKG; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 64 zu Art. 656 ZGB; HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, N 57 ff. zu Art. 143b SchKG; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 11 zu Art. 143b SchKG; LORANDI, 101 ff.; gegenteiliger Meinung: DESCHENAUX, 262 N 14; BK-MEIER-HAYOZ, N 102 zu Art. 656 ZGB; BasK-LAIM, N 44 zu Art. 656 ZGB; STUTZ, 97).

Es ist deshalb im Ergebnis angebracht, die Rechtsprechung gemäss BGE 106 III 97 (E. 7) aufzugeben und festzuhalten, dass der Freihandverkauf, wie die öffentliche Steigerung, keiner öffentlichen Beurkundung bedarf und das Eigentum durch Verfügung, welche zu protokollieren ist, übergeht.

4. Aufgrund der Erwägung 3b) resultiert, dass die Vorinstanz aufgrund der Verweisungen in Art. 143b Abs. 2 und Art. 259 SchKG sowie Art. 130 Abs. 1 VZG die analoge Anwendung von Bestimmungen über die Zwangsversteigerung, insbesondere Art. 257 ff. SchKG und Art. 45 ff. VZG in Bezug auf den Freihandverkauf zu Unrecht verneint hat (AMONN/GASSER, § 4 Rz. 26). Dies gilt insbesondere auch für die Art. 58 Abs. 3 und Art. 47 VZG (Kenntnis der Identität des Bieters und der Person, welche als Eigentümer einzutragen ist) sowie die Art. 143 SchKG und Art. 63 VZG (Aufhebung des Zuschlages).

a. Gemäss Art. 58 Abs. 3 VZG sind Angebote für namentlich nicht bezeichnete Personen sowie für noch nicht bestehende juristische Personen unbeachtlich. Diese Bestimmung rechtfertigt sich damit, dass der Erwerber im Grundbuch eingetragen wird, und dass Rechtsicherheit über diese Eintragung bestehen muss. Aufgrund dessen muss das spezielle Steigerungsprotokoll gemäss Art. 72 KOV, welches für jede Versteigerung zu errichten ist, die Erklärung des Steigerungsleiters enthalten "die Liegenschaft wird hiermit um den Preis von Fr. ... zugeschlagen an N.N.", welche Erklärung vom Erwerber als "Ersteigerer" zu unterzeichnen ist (Art. 73 KOV). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Bestimmung nicht auch analog auf den Freihandverkauf anzuwenden ist. Aufgrund dessen wurde im vorliegenden Fall – mutatis mutandis – entsprechend vorgegangen, indem die Konkursverwaltung, welche dem Freihandverkauf vorgenommen hat, im Steigerungsprotokoll vermerkt hat "der Preis von 1 835 000.– wird festgesetzt und die Grundstücke werden an die Gesellschaft S. SA verkauft".

Wie bereits erwähnt, ist die Konkursverwaltung gehalten, auch bei einem Freihandverkauf von Amtes wegen die Eintragung im Grundbuch anzumelden (Art. 66 VZG). Aufgrund von Art. 67 VZG darf die Konkursverwaltung nur als Eigentümer in das Grundbuch eintragen lassen, wem das Grundstück zugeschlagen worden ist.

Diese Bestimmungen sind zwingender Natur. Da sie im Interesse der Rechtssicherheit erlassen worden sind, liegen sie im öffentlichen Interesse.

b. Die Art. 143 SchKG und Art. 63 VZG, welche die zulässigen Zahlungsfristen regeln, gelten sowohl für die Zwangs-

versteigerung als auch für den Freihandverkauf. Tritt ein Zahlungsverzug ein, so ist die Steigerung aufzuheben und eine neue Steigerung anzuordnen. Darüber hinaus besteht eine Schadenersatzpflicht des ersten Ersteigerers (GILLÉRON, N 12, 31 und 49 ff. zu Art. 143 SchKG; HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, N 30 zu Art. 143b SchKG). Die Pflicht, den Zuschlag aufzuheben, gilt zeitlich unbeschränkt. Die Vorgehensweise gemäss Art. 143 SchKG und Art. 63 VZG muss auch dann eingehalten werden, wenn der Erwerber schon seit längerer Zeit "im Besitz des Grundstückes" (BGE 35 I 227 E. 1) ist, da er nicht über das durch Versteigerung oder Freihandverkauf übereignete Grundstück verfügen kann (GILLÉRON, N 35 zu Art. 143 SchKG).

5. Im vorliegenden Fall war es nicht möglich, den erteilten Zuschlag zugunsten der S. SA oder subsidiär zugunsten von X., welche juristisch noch inexistent war, zu vollziehen. Die Konkursverwaltung musste deshalb die Verfügung widerrufen und unverzüglich eine neue Verwertung anordnen (Art. 63 Abs. 1 VZG analog). Dadurch, dass die Konkursverwaltung den Verkauf der Grundstücke akzeptierte und eine Person (Y.) ins Grundbuch eintragen liess, welche weder eine Offerte gestellt noch im Protokoll als Erwerber genannt war, verletzte die Konkursverwaltung klarerweise zwingende Bestimmungen (Art. 58 Abs. 3 und Art. 67 VZG), welche im öffentlichen Interesse erlassen worden sind. Dies genügt, um die Nichtigkeit der strittigen Verkäufe gemäss Art. 22 Abs. 1 SchKG festzustellen, ohne dass weiter untersucht werden müsste, ob auch eine Verletzung von Art. 143 SchKG und Art. 63 VZG vorliegt. Die Beschwerde wird aufgrund dessen gutgeheissen und der angefochtene Entscheid aufgehoben.

Die Nichtigkeit gemäss Art. 22 SchKG hat Wirkung "extunc" (GILLÉRON, N 14 zu Art. 21 SchKG; BasK-COMETTA, N 20 zu Art. 22 SchKG). Die Auswirkungen im vorliegenden Fall sind die Folgenden: Der Zuschlag der Grundstücke an die S. SA wird aufgehoben, da er nie vollzogen worden ist. Das unmittelbar tiefere Angebot der X. konnte nicht angenommen werden, da diese juristische Person im relevanten Zeitpunkt noch nicht existent war (Art. 58 Abs. 3 VZG). Der erfolgte Verkauf zugunsten von Y. ist nichtig, da diese den Zuschlag nicht erhalten hat, so dass kein genügender Rechtsgrundausweis über den Erwerb vorliegt (Art. 67 VZG). Die Konkursverwaltung muss deshalb eine neue Verwertung anordnen.

### C. Bemerkungen

Vorab ist festzuhalten, dass der Entscheid inhaltlich in (fast; vgl. aber unten C.5. a.E. in Bezug auf Art. 66 VZG) sämtlichen Belangen zutreffend und zu begrüssen ist. Die frühere Rechtsprechung (BGE 106 III 79, 112 II 110) war schon unter dem alten SchKG nicht zutreffend; unter dem revidierten Gesetz gilt dies a fortiori.

#### 1. Rechtsnatur des Freihandverkaufs

Die Rechtsnatur des Freihandverkaufes als *Akt der Zwangsverwertung* ist seit langem in Lehre (Nachweise bei FRANCO LORANDI, *Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuld-, Betreibungs- und Konkursrecht*, Bern/Stuttgart/Wien 1994,

22 Fn 26; BasK-RUTZ, Art. 130 SchKG N 3; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 5) und Rechtsprechung (BGE 106 III 79) anerkannt. Diese Rechtsnatur hat auch im Gesetz ihren Niederschlag gefunden, da der Freihandverkauf – gleich wie der Zuschlag in der Zwangsversteigerung – ausschliesslich mit betriebsrechtlicher Beschwerde anfechtbar ist (Art. 132a SchKG). Dies gilt unabhängig davon, was Objekt des Freihandverkaufs ist (Grundstück, bewegliche Sache, Forderung, sonstiges Recht) oder in welchem Verfahren die freihändige Verwertung (Pfändung, Pfandverwertung, Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) erfolgt. Es handelt sich um eine *zustimmungsbedürftige Verfügung* (LORANDI, 38; FRANCO LORANDI, Einzelfragen aus dem Verwertungsrecht, IWIR 1998, 132; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 5; MARKUS HÄUSERMANN, Freihandverkauf im Umbruch, IWIR 1998, 7).

Die Qualifizierung des Freihandverkaufs als betriebsrechtliche Verfügung darf nicht überschätzt werden. Es ist namentlich davor zu warnen, die Normen der Steigerung blindlings auf die freihändige Verwertung anzuwenden. Es ist vielmehr für jede Frage einzeln zu prüfen, ob sich eine analoge Anwendung solcher Normen aufdrängt oder nicht (vgl. unten C.4.).

## 2. Keine Formbedürftigkeit der freihändigen Verwertung (insbesondere bei Grundstücken)

Es ist sehr zu begrüssen, dass das Bundesgericht seine *alte Praxis* (BGE 106 III 79, bestätigt in BGE 112 II 110) aufgegeben hat, wonach eine freihändige Verwertung von Grundstücken unbesehen deren Qualifikation als Akt der Zwangsversteigerung der Form der öffentlichen Beurkundung bedurfte. Diese Rechtsprechung ist auf halben Weg stehen geblieben: Obschon mit BGE 106 III 79 die (ganz) alte Praxis aufgegeben wurde, dass es sich beim Freihandverkauf um einen zivilrechtlichen Kauf handelt (BGE 105 III 75, 76 III 104, 50 III 110 f.), scheute sich das Bundesgericht dazumal noch, die logischen Konsequenzen aus der richtigen Qualifizierung zu ziehen. Die öffentliche Beurkundung einer freihändigen Verwertung eines Grundstücks war somit ein Relikt aus alter Zeit, und als solches singulär und systemwidrig (vgl. LORANDI, 107). Die früher gegebene Begründung des Bundesgerichtes für die öffentliche Beurkundung (BGE 106 III 79) war unzutreffend, weshalb sie das Gericht in seinem hier zu besprechenden Entscheid zurecht selbst widerlegt (E. 3 b)). Auch die praktischen Probleme und Konsequenzen der früheren Praxis waren unüberwindbar (vgl. LORANDI, 105 f.).

In Anbetracht der zum Teil divergierenden kantonalen Entscheide (vgl. etwas ZBGR 1996, 383 oben, 408; BN 1997, 166 Ziff. 34; IWIR 1998, 34 ff.) und Weisungen der kantonalen Aufsichtsbehörden ist die Klarstellung im hier zu besprechenden Entscheid im Sinne der Rechtssicherheit sehr zu begrüssen. Im Ergebnis bedeutet dies unter anderem, dass unnötige Kosten (für die öffentliche Beurkundung) gespart werden können.

Soweit die Übertragung *anderer Rechte* als Grundstücke (bewegliche Sachen, Forderungen, sonstige Rechte) aus-

nahmsweise gewissen Formvorschriften des Zivilrechts unterliegen, sind diese aufgrund der Überlegungen zur Übertragung von Grundstücken a majore ad minus unbeachtlich.

## 3. Deklaratorische Wirkungen der zivilrechtlichen Verfügungsgeschäfte (deklaratorischer Grundbucheintrag)

Das Bundesgericht zieht im vorliegenden Entscheid (anders als noch in BGE 106 III 79) auch für die Frage, ob für Grundstücke das *zivilrechtlich erforderliche Verfügungsgeschäft* (Grundbucheintrag) konstitutiv ist, die logische Konsequenz. Es hält für die freihändige Verwertung von Grundstücken zu Recht fest, dass der Grundbucheintrag – gleich wie bei der Zwangsversteigerung – bloss *deklaratorischen Charakter* hat. Es sind schlichtweg keine Gründe ersichtlich, weshalb die freihändige Verwertung von Grundstücken grundbuchrechtlich anders behandelt werden sollte, als die Zwangsversteigerung (dazu ausführlich: LORANDI, 101 ff., LORANDI, Einzelfragen, 132; KARL SPÜHLER/SUSANNE B. PFISTER I, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Band I, 2. A., Zürich 1999, 176; HÄUSERMANN, Freihandverkauf, 9; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 66).

Das Bundesgericht verweist dabei zu Recht auf Art. 143b Abs. 2 SchKG, welche Bestimmung ausdrücklich vorsieht, dass in der *Spezialexécution* die freihändige Verwertung von Grundstücken nur nach Errichtung eines Lastenverzeichnisses und nach vorgängiger Lastenbereinigung erfolgreich darf. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass diese Bestimmung per 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist. Wenn das Bundesgericht damit zum Ausdruck bringen will, dass sich durch diese Bestimmung (und somit per 1. Januar 1997) eine Änderung ergeben habe, so kann dem nicht gefolgt werden: Mit dieser Bestimmung (und damit per 1. Januar 1997) wurde die freihändige Verwertung von Grundstücken in der *Spezialexécution* überhaupt erst ermöglicht; vorher war sie unzulässig (vgl. die Nachweise bei LORANDI, 232 f.). Für das Konkurs- und Nachlassverfahren war eine freihändige Verwertung von Grundstücken jedoch auch schon unter altem Recht zulässig (Art. 256 Abs. 2 und Art. 316h Abs. 2 aSchKG). Insofern war die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 106 III 79, 112 II 110 f.) für das Konkurs- und Nachlassverfahren auch schon unter dem alten Recht unzutreffend.

Auch für *sonstige Aktiven*, welche freihändig verwertet werden (bewegliche Sachen, Forderungen, sonstige Rechte), sind die gemäss Zivilrecht erforderlichen Verfügungsgeschäfte (Besitzübertragung [Art. 714 Abs. 1 ZGB], Zession [Art. 165 Abs. 1 OR] etc.) nicht erforderlich bzw. sie haben nur deklaratorische Wirkung (vgl. LORANDI, 109 ff.; SPÜHLER/PFISTER I, 169; a.M. offenbar: BasK-RUTZ, Art. 130 SchKG N 14). Art. 656 Abs. 2 ZGB ist insofern verallgemeinerungsfähig.

## 4. Analoge Anwendung von Bestimmungen der Zwangsversteigerung auf den Freihandverkauf

Das Gesetz regelt in Bezug auf den Freihandverkauf im Wesentlichen die *Voraussetzungen*, unter welchen eine freihändige Verwertung zulässig ist (Art. 130, Art. 143b, Art. 156 Abs. 1, Art. 256 Abs. 2–4, Art. 322, Art. 323

SchKG). Das Gesetz regelt das *Verfahren*, welches bei der freihändigen Verwertung einzuhalten ist, und den *Inhalt der Freihandverkaufsverfügung* dagegen nur sehr partiell (Art. 143b Abs. 2 SchKG); im Übrigen liegt eine *Lücke* vor. Es stellt sich damit die Frage, inwiefern die Normen über die Steigerung auf den Freihandverkauf analog Anwendung finden.

Für diese Frage darf die Qualifizierung des Freihandverkaufs als betriebsrechtliche Verfügung nicht überbewertet werden; sie ist diesbezüglich nur von beschränkter praktischer Bedeutung (vgl. oben C.1). Es ist für jede Frage im Einzelnen zu prüfen, ob und in welchem Umfang es sich rechtfertigt, Normen über die Steigerung auch auf die freihändige Verwertung anzuwenden (vgl. LORANDI, 39 f.). Zudem ist zu beachten, dass mit dem Institut des Freihandverkaufs der Behörde ganz bewusst (namentlich in Bezug auf das Verfahren) ein gewisses *Ermessen* eingeräumt werden sollte. Dieses Ermessen soll nicht dadurch beseitigt werden, indem jede Lücke durch analoge Anwendung der Bestimmungen über die Steigerung geschlossen wird. Ansonsten würde der Freihandverkauf seiner Vorteile beraubt.

Tendenziell lässt sich sagen, dass Normen über die Steigerung, welche den Inhalt der Verfügung (Zuschlag) oder die Anforderungen an den Erwerber regeln, weitgehend analog auf den Freihandverkauf angewendet werden können. Bestimmungen über das Verfahren sind nur soweit analogiefähig, als sich die analoge Anwendung aufgrund des materiellen Rechts (wie z.B. beim Deckungsprinzip oder beim Doppelaufwurf) oder der Interessen der Verfahrensbeteiligten gebieterisch aufdrängt. Normen über den genauen Ablauf der Steigerung (dreimaliger Aufruf) finden auf den Freihandverkauf dagegen grundsätzlich keine Anwendung.

Im Einzelnen finden namentlich folgende Bestimmungen über die Versteigerung auf den Freihandverkauf analog Anwendung (wo nicht anders vermerkt, gelten die Bestimmungen für sämtliche freihändig zu verwertenden Objekte: Grundstücke, Fahrnis, Forderungen und sonstige Rechte):

- Angebote für namentlich nicht bezeichnete oder erst später zu bezeichnende Personen oder für noch nicht bestehende juristische Personen dürfen nicht angenommen werden (Art. 58 Abs. 3 VZG; LORANDI, 62; BGE vom 24. Januar 2000 E. 4a);
- Erfordernis der genügenden Individualisierung des zu verwertenden Objektes (Art. 45 Abs. 1 Ingress i.V.m. Art. 102 und Art. 130 Abs. 1 VZG; LORANDI, 79);
- Angabe des Preises in der Verfügung bzw. im Verwertungsprotokoll (Art. 72 Abs. 1 und Art. 73 KOV; LORANDI, 79);
- Zahlung des Preises in bar (Art. 129 Abs. 1, Art. 136, Art. 156, Art. 259 SchKG; LORANDI, 85 f.; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 25);
- Regelung über die Zahlungsmodalitäten, den Zahlungsverzug und die Ausfallhaftung des säumigen Erwerbers (Art. 129 Abs. 2, Art. 136 f., Art. 143, Art. 143b Abs. 2 i.V.m. Art. 156 und Art. 259 SchKG; Art. 46 ff. i.V.m. Art. 102 und Art. 130 Abs. 1 VZG; LORANDI, 85 f.; BGE vom 24. Januar 2002 E. 4a); AMONN/GASSER, § 28 Rz 78; HÄUSERMANN, Freihandverkauf, 5 f.; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 25 und N 30.; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2000, Art. 130 SchKG N 17);
- Aufstellung eines Lastenverzeichnisses und Durchführung der Lastenbereinigung bei der Verwertung von Grundstücken (und besonderen beweglichen Sachen; vgl. LORANDI, 80) (Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3, Art. 140, Art. 143b Abs. 2, Art. 156 SchKG, Art. 33 ff., Art. 73c f., Art. 102, Art. 125, Art. 130c VZG);
- Überbindung von Lasten und Kosten bei Grundstücken (Art. 135, Art. 143b Abs. 2, Art. 156 SchKG; Art. 45 Abs. 1 lit. d, Art. 46 Abs. 1 und 2, Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 102, Art. 130 Abs. 1 VZG; LORANDI, 83 f.; HÄUSERMANN, Freihandverkauf 5);
- Wegbedingung der Gewährleistung (Art. 45 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 130 Abs. 1 VZG; Art. 234 Abs. 1 und 2 OR; LORANDI, 87; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 67; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Art. 130 SchKG N 15);
- Errichtung eines Verwertungsprotokolls (Art. 72 f. KOV; BGE vom 24. Januar 2002 E. 4 a); LORANDI, 97 f.);
- Übergang von Nutzen und Gefahr (Art. 137 Satz 1, Art. 143b Abs. 2 i.V.m. Art. 156 und Art. 259 SchKG; Art. 48 i.V.m. Art. 102 und Art. 130 Abs. 1 VZG), sofern in der Freihandverkaufsverfügung nichts anderes geregelt ist (LORANDI, 87);
- Beachtung von gesetzlichen Vorkaufsrechten (Art. 30 Abs. 4, Art. 60a Abs. 2–4 i.V.m. Art. 102 und Art. 130 Abs. 1 VZG; zur analogen Anwendung vgl. LORANDI, 150 ff. BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 31 ff.; HÄUSERMANN, Freihandverkauf, 6);
- Unbeachtlichkeit vertraglicher Vorkaufsrechte (Art. 681 Abs. 1 ZGB; Art. 51 Abs. 1 VZG; BGE 7B.50/2000 vom 2. März 2000, E. 2.a); LORANDI, 147);
- Durchführung des Doppelaufwurfs (Art. 812 ZGB; Art. 142, Art. 156, Art. 258 Abs. 2 SchKG; Art. 56 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 VZG; zur analogen Anwendung vgl. LORANDI, 155 ff.; KURT AMONN/DOMINIK GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 6. A., Bern 1997, § 28 Rz 77; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 26 ff.; HÄUSERMANN, Freihandverkauf, 5);
- Beachtung des Deckungsprinzips und des Verzichts auf die Verwertung in der Spezialexécution (Art. 126, Art. 142a, Art. 156 SchKG; LORANDI, 257 ff.; AMONN/GASSER, § 28 Rz 76; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 29; HÄUSERMANN, Freihandverkauf, 5 f.; a.M. GILLIÉRON, Art. 130 SchKG N 16 und Art. 143b SchKG N 20);
- Verfahren bei der Verwertung von Miteigentumsanteilen an Grundstücken (Art. 73 ff. i.V.m. Art. 102 VZG; LORANDI, 286 ff.);
- Anmeldung des Eigentumsübergangs von Grundstücken beim Grundbuchamt (Art. 66 ff. VZG; LORANDI, 143; GILLIÉRON, Art. 143b SchKG N 37 ff.; BGE vom 24. Januar 2002 E. 3c) und 4a)).

Keine analoge Anwendung auf dem Freihandverkauf finden hingegen namentlich folgende Bestimmungen über die Zwangsversteigerung:

- anders als in der Zwangsversteigerung (Art. 58 Abs. 1 VZG) darf die Zustimmung des Erwerbers zur freihändigen Verwertung in bestimmten Konstellationen von gewissen Bedingungen abhängig sein (LORANDI, 66 f.);
- kein dreimaliger Aufruf (Art. 126 Abs. 1, Art. 142a, Art. 156, Art. 258 Abs. 1, Art. 323 SchKG; Art. 60 Abs. 1 VZG; LORANDI, 76);
- keine öffentliche Bekanntmachung der Verwertung, öffentliche Auflegung der Verwertungsbedingungen und Spezialanzeige (Art. 125, Art. 134, Art. 139, Art. 156 Abs. 1 SchKG; LORANDI, 256; AMONN/GASSER, § 28 Rz 72; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 36 und N 44; HÄUSERMANN, 7; a.M. in Bezug auf die analoge Anwendung von Art. 139 SchKG [Spezialanzeige]: AMONN/GASSER, § 28 Rz 72; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 24, N 39 und N 41; HÄUSERMANN, Freihandverkauf, 5 f.).

##### 5. Nichtigkeit

Verfügungen sind nichtig, wenn sie gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 SchKG).

Ein *Freihandverkauf* ist (gleich wie eine Zwangsversteigerung) insbesondere (es handelt sich nachfolgend nur um eine exemplarische Aufzählung) in folgenden Fällen *nichtig* im Sinne von Art. 22 SchKG:

- schwere Verstösse gegen die Ausstandsbestimmungen (Art. 10 SchKG; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, § 7 Rz 8; FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel/Genf/München 2000, Art. 22 SchKG N 24; LGVE 1989I, 29) oder offensichtliche bzw. krasse Missachtung des Verbots des Selbstkontrahierens (Art. 11 SchKG; FRITZSCHE/WALDER I, § 7 Rz 8; BRUNO WEISS, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruf von Betreibungshandlungen, Diss. Zürich 1957, 29; LORANDI, 192; BGE 122 III 337, 112 III 66 f.);
- fehlende Handlungsfähigkeit des Erwerbers (BGE 117 III 42 f.; LORANDI, Art. 22 SchKG N 31);
- Berücksichtigung von Angeboten für namentlich nicht bezeichnete oder erst später zu bezeichnende Personen oder für noch nicht bestehende juristische Personen (Art. 58 Abs. 3 VZG; BGE vom 24. Januar 2002 E. 5); LORANDI, 62);
- Völlig mangelhafte, unklare oder mehrdeutige Beschreibung des zu verwertenden Objektes, so dass eine Individualisierung nicht möglich ist (Art. 45 Abs. 1 Ingress i.V.m. Art. 102 und Art. 130 Abs. 1 VZG; LORANDI, 194);
- Verwertung ohne jede Zustimmung des Erwerbers (vgl. Art. 66 f. VZG; Art. 72 f. KOV; LORANDI, 190; DERS., Art. 22 SchKG N 48);
- Verwertungen in der Spezialexécution nach Ablauf der Frist gemäss Art. 116 SchKG (BGE 69 III 50, 68 III 56;

LORANDI, Art. 22 SchKG N 46; BasK-FREY, Art. 116 SchKG N 34);

- ohne Zustimmung des Schuldners erfolgte Verwertung in der Spezialexécution von hängenden oder stehenden Früchten vor der Reife (Art. 122 Abs. 2 SchKG; CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 122 SchKG N 10; LORANDI, Art. 22 SchKG N 47; BasK-SUTER, Art. 122 SchKG N 40);
- Verwertung von streitigen Rechtsansprüchen der Konkurs- oder Nachlassmasse, ohne dass alle Gläubiger Abtretungsbegehren gemäss Art. 260 SchKG stellen konnten oder vor Ablauf der Frist zur Stellung von solchen Begehren (BGE 93 III 27, 79 III 12, 58 III 112);
- Verletzung der Rechte von Berechtigten gesetzlicher Verkaufrechte (Art. 682 ZGB, Art. 42 ff. BGBB), sofern sie nicht bzw. bevor sie durch genügende Notifikation ins Verfahren miteinbezogen worden sind (LORANDI, Art. 22 SchKG, N 68 und N 78; DERS., 192; BGE 51 III 167 ff., 55 III 163); nach Einbezug ins Verfahren liegt nur Anfechtbarkeit vor;
- Freihandverkäufe in der Generalexécution, ohne dass (neben den Gläubigern) allfälligen weiteren Berechtigten (insbesondere Aktionäre einer konkursiten Gesellschaft: BGE 106 III 82, 88 III 39 f., 81 f., 87 III 117), die nicht am Verfahren beteiligt sind, das Recht zum höheren Angebot (Art. 256 Abs. 3 SchKG) eingeräumt wurde (LORANDI, Art. 22 SchKG, N 7 und N 81);
- "Kreieren" von neuen Lasten bei der Verwertung von Grundstücken, welche Lasten weder aus dem Grundbuch ersichtlich sind noch bei der Behörde angemeldet worden sind (BGE 97 III 101 f.); es liegt ein Fall von offensichtlicher sachlicher Unzuständigkeit vor (LORANDI, Art. 22 SchKG N 23);
- Anmeldung eines anderen Eigentümers eines Grundstücks als des im Verwertungsprotokoll genannten Erwerbers (Art. 67 VZG; BGE vom 24. Januar 2002 E. 4a)).

Ein Freihandverkauf ist dagegen *nur anfechtbar* (Art. 17 ff. SchKG), aber nicht nichtig, wenn Bestimmungen verletzt sind, die Interesse von Verfahrensbeteiligten erlassen worden sind (Art. 22 Abs. 1 SchKG e contrario). Dies gilt beispielsweise in folgenden Fällen:

- Zahlung anders als durch Barzahlung, z.B. durch Verrechnung (Art. 129 Abs. 1, Art. 136, Art. 156, Art. 259 SchKG; BGE 111 III 62; LORANDI, Art. 22 SchKG N 92);
- Verletzung der Regeln über die Überbindung von Kosten auf Abrechnung bzw. ohne Abrechnung an den Preis bei Grundstücken (Art. 45 Abs. 1 lit. d, Art. 46 Abs. 1 und 2, Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 102, Art. 130 Abs. 1 VZG; LORANDI, 194);
- Regelung über die Zahlungsmodalitäten (Art. 129 Abs. 1 und Art. 136, Art. 143b Abs. 2 i.V.m. Art. 156 und Art. 259 SchKG; Art. 46 ff. i.V.m. Art. 102 und Art. 130 Abs. 1 VZG; LORANDI, 194);
- keine (sofortige) Aufhebung der Verwertung bei Zahlungsverzug des Erwerbers (Art. 143 SchKG; Art. 63 VZG; welche Frage vom Bundesgericht im BGE vom

24. Januar 2002 offen gelassen werden konnte): Die genannten Bestimmungen haben zum Zweck, das Verwertungsverfahren im Interesse der Verfahrensbeteiligten zügig abzuwickeln. Dass nur die Verfahrensbeteiligten geschützt sind, ergibt sich schon daraus, dass gemäss Art. 63 Abs. 1 VZG die Verwertung trotz Zahlungsverzugs des Erwerbers nicht aufgehoben werden muss, sondern dem Erwerber eine verlängerte Zahlungsfrist gewährt werden kann, wenn sämtliche Beteiligte (Schuldner, zu Verlust gekommene Pfandgläubiger, betreibende Gläubiger) damit einverstanden sind. Nicht am Verfahren beteiligte Personen sind davon nicht betroffen. Auch öffentliche Interessen sind nicht tangiert, da ansonsten die Verfahrensbeteiligten nicht etwas anderes bestimmen können;

- Verwertung, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 130, Art. 143b, Art. 256 Abs. 2, Art. 323 Satz 1 SchKG) nicht erfüllt sind, namentlich wenn die Zustimmungen der Beteiligten nicht vorliegen (BGE 107 III 22, 24, 101 III 56 f., 76 III 104, 74 III 83 f., 63 III 81; LORANDI, 191; BasK-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, Art. 143b SchKG N 23);
- Verletzung der Bestimmungen über das Recht zum höheren Angebot der Gläubiger (Art. 256 Abs. 3 SchKG; 82 III 84, 88 III 30 ff., 101 III 56 f.);
- Verwertung unter Missachtung des Rechts zum Doppelaufwurf, sofern der geschützte Pfandgläubiger schon ins Verfahren einbezogen worden ist;
- Verletzung der Pflichten der Behörde zur Anmeldung des Eigentumsübergangs von Grundstücken beim Grundbuchamt (Art. 66 VZG; offenbar a.M. BGE vom 24. Januar 2002, E. 4a).