

Die gerichtlich angeordnete Versteigerung zur Aufhebung von Miteigentum: freiwillige Versteigerung oder Zwangsversteigerung?

Bei der gerichtlich angeordneten öffentlichen Versteigerung (Art. 651 Abs. 2 ZGB) handelt es sich um eine öffentliche freiwillige Versteigerung i.S.v. Art. 229 Abs. 2 OR. Anwendbar ist daher das Zivilrecht und nicht das Zwangsvollstreckungsrecht.

La vente aux enchères publiques ordonnée par le tribunal (art. 651 al. 2 CC) est une vente volontaire au sens de l'art. 229 al. 2 CO. C'est par conséquent le droit civil qui s'applique et non le droit de l'exécution forcée.

Urteil des Bundesgerichts vom 27. Februar 2023 (BGE 149 III 165 ff.; 5A_784/2021 und weitere)

Jörg Schmid, Dr. iur., Professor an der Universität Luzern
Ramin Paydar, Rechtsanwalt, MLaw, Luzern/Bern

schwerdeführerin) eingereichte Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht bleibt erfolglos (Verfahren 5A_784/2021).¹

Der Fall

(518) Die Liegenschaft xxx steht im je hälftigen Miteigentum einerseits von A., F. und E. sowie andererseits von B., C. und D. Am 3. Mai 2017 erhoben A., F. und E. beim Zivilgericht Basel-Stadt Klage gegen B., C. und D. (sowie gegen G., die mittlerweile verstorben ist) auf Aufhebung und Aufteilung des Miteigentums (Art. 650/651 ZGB). Die Kläger verlangten die öffentliche Versteigerung durch das Gericht und die Verteilung des Steigerungserlöses unter den Miteigentümern. Das Zivilgericht entschied am 8. August 2019, das Miteigentum aufzuheben und die Liegenschaft durch das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt öffentlich versteigern zu lassen; im Weiteren behaftete es die Parteien auf ihrem Einverständnis, dass die Liegenschaft durch die Gesellschaft H. geschätzt werde und der Mindestpreis zur Versteigerung drei Viertel des Schätzwertes betrage. Ferner wies das Gericht das Amt an, die öffentliche Versteigerung «in Anwendung der üblichen Gantbedingungen durchzuführen».

Im Februar 2020 informierte das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt die A. über die durch I.H. (Gesellschaft H.) durchgeführte Verkehrswertschätzung (samt Stellungnahme der Gutachterin zu Ergänzungsfragen) und darüber, dass für die angeordnete Versteigerung das kantonale Gesetz betreffend das Gantwesen anwendbar sei. Darauf erhob A. Beschwerde beim Zivilgericht Basel-Stadt (als unterer Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt) und verlangte im Wesentlichen, dass die Verkehrswertschätzung aufgehoben und eine neue Schätzung durch einen unabhängigen Schätzer erstellt werde. Das Zivilgericht und auf Beschwerde hin auch das Appellationsgericht Basel-Stadt (als obere kantonale Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt) wiesen diese Begehren ab, soweit sie auf die Beschwerde eintraten. Die von A. (Be-

Der Entscheid

Vor Bundesgericht ist streitig, ob die vom Zivilgericht festgelegten Regeln zur öffentlichen Versteigerung einschliesslich der Schätzung verbindlich sind (d.h., die Art. 229 ff. OR und die kantonalen Regeln gemäss Art. 236 OR zur Anwendung gelangen; vgl. E. 2.1) oder ob sich die öffentliche Versteigerung nach den Regeln des SchKG bzw. der VZG richtet, die eine Neuschätzung nach Art. 9 Abs. 2 und Art. 99 Abs. 2 VZG ermöglichen (E. 3.3).

In BGE 72 II 160 ff. (163 f.), E. 3, der allerdings einen Sonderfall betraf (Frage der Anwendbarkeit notrechtlicher Bestimmungen von 1940/1941 gegen die Bodenspekulation), hielt das Bundesgericht im Jahr 1946 zu einer nach Art. 651 Abs. 2 ZGB angeordneten Versteigerung fest, dass die gerichtliche Versteigerung «nicht geradezu eine Zwangsversteigerung i.e.S.» darstelle, aber «jedenfalls der Zwangsversteigerung näher als der freiwilligen Versteigerung» stehe – was in casu zur Nichtanwendung der genannten notrechtlichen Vorschriften führte (Berichtsentscheid E. 3.4.1). Nach der kantonalen Praxis und der überwiegenden Lehre stellt die öffentliche Versteigerung nach Art. 651 Abs. 2 ZGB indessen keine Zwangsversteigerung gemäss SchKG bzw. VZG dar (Hinweise in E. 3.4.2 und 3.4.3).

Nach dieser «Bestandesaufnahme» nimmt das Bundesgericht zum «Rechtssinn» der Regeln über die öffentliche Versteigerung zur Teilung von Miteigentum Stellung (E. 3.5): Weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte von Art. 651 Abs. 2 ZGB lässt sich die Anwendung des Zwangsvollstreckungsrechts entnehmen (E. 3.5.1). Dass keine «eigentliche» Freiwilligkeit vorliegt, ändert daran nichts, sondern führt vielmehr dazu, «diese Fälle in erster Linie dem

¹ Mit separaten Eingaben haben E. und F. ebenfalls Beschwerde beim Bundesgericht erhoben (Verfahren 5A_793/2021 und 5A_794/2021), auf welche das Bundesgericht nicht eintritt (nicht amtlich publizierte E. 1.5).

kantonales Recht zuzuordnen» (E. 3.5.2). Auch die Beteiligung eines Amtes (vorliegend des Betreibungs- und Konkursamtes) ist nicht entscheidend; sie stellt kein Begriffsmerkmal der öffentlichen Versteigerung dar, doch kann sie vom kantonalen Recht vorgesehen werden (Art. 236 OR; E. 3.5.2). Der Rückgriff auf Art. 649b Abs. 3 ZGB, der auf das Zwangsvollstreckungsrecht verweist, stellt die fehlende zwangsvollstreckungsrechtliche Natur der öffentlichen Versteigerung (Art. 651 Abs. 2 ZGB) nicht in Frage (E. 3.5.3). Die öffentliche Versteigerung in der Erbteilung (Art. 612 Abs. 3 ZGB) zählt ebenfalls zu den «freiwilligen» Versteigerungen nach Art. 229 Abs. 2 OR; es gibt keinen sachlichen Grund, die öffentliche Versteigerung nach Art. 651 Abs. 2 ZGB anders zu behandeln (E. 3.5.4).

Im Ergebnis stellt das Bundesgericht fest, dass die Vorinstanz die Anwendung des SchKG bzw. der VZG auf die öffentliche Versteigerung (Art. 651 Abs. 2 ZGB) zu Recht verneint hat – für die Teilungsmodalitäten sind die Anordnungen des Teilungsgerichts verbindlich (E. 3.5.5). Es ist demnach keine neue Schätzung durch Sachverständige in Anwendung von Art. 9 Abs. 2 VZG durchzuführen (E. 3.5.5), und das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Die Anmerkungen

1. Bei der Versteigerung (hier: eines Grundstücks) unterscheiden die Art. 229 ff. OR zwischen der freiwilligen Versteigerung und der Zwangsversteigerung:

a. Eine freiwillige Versteigerung findet ausserhalb eines amtlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens (Pfändung, Pfandverwertung, Konkurs, Nachlassvertrag) statt.² Anwendbar sind die Bestimmungen des Zivilrechts (insbesondere des Kaufvertragsrechts), nicht jene des Zwangsvollstreckungsrechts (SchKG und VZG).³ Bei der freiwilligen Versteigerung kann zwischen der öffentlichen und privaten Versteigerung unterschieden werden (vgl. Art. 229 Abs. 2 OR); Letztere unterliegt nicht den Art. 229 ff. OR.⁴

b. Zwangsversteigerung umfasst die steigerungsweise Veräusserung im Rahmen eines amtlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens.⁵ Dabei handelt es sich – entgegen dem Wortlaut von Art. 229 Abs. 1 OR – um einen behördlichen Akt der Zwangsvollstreckung und nicht um einen «Kaufvertrag» bzw. ein privatrechtliches Veräusserungsgeschäft.⁶

Dementsprechend gelangen auf die Zwangsversteigerung die Bestimmungen des SchKG und der VZG zur Anwendung.⁷ Dies hat Auswirkungen namentlich auf den Rechts- und Rechtsmittelweg (vgl. auch Art. 230 Abs. 2 OR).

2. Ob neben diesen beiden Hauptkategorien noch andere Formen⁸ bestehen, wird in der Lehre nicht ganz einheitlich beantwortet.⁹ Das hängt insbesondere mit dem im Berichtsentscheid genannten BGE 72 II 160 ff. aus dem Jahr 1946 zusammen; darin wurde – freilich für einen Sonderfall und mit dem Ziel, die Nichtanwendbarkeit notrechtlicher Vorschriften gegen die Bodenspekulation zu begründen – ausgeführt, die gerichtlich angeordnete Versteigerung nach Art. 651 Abs. 2 ZGB sei zwar keine Zwangsversteigerung i.e.S., sie stehe allerdings «der Zwangsversteigerung näher als der freiwilligen Versteigerung».¹⁰ Nun nimmt das Bundesgericht im vorliegenden Leiturteil (gefällt freilich «nur» in Dreierbesetzung) auf diese Rechtsprechung Bezug und stellt klar, dass die gerichtlich angeordnete Versteigerung nach Art. 651 Abs. 2 ZGB bei den freiwilligen Versteigerungen einzuordnen sei (vgl. E. 3.5.4); mithin kommen die Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsrechts nicht zur Anwendung, und der Beschwerdeführer kann aus der VZG kein Recht auf Neuschätzung des Versteigerungsgrundstücks ableiten (E. 3.5.5).

3. Diese Klarstellung der Rechtsprechung ist zu begrüßen, und die Ausführungen des Bundesgerichts überzeugen: Richtigerweise ist jede Versteigerung als «freiwillig» anzusehen, soweit sie ausserhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens erfolgt («tertium non datur»)¹¹ Wie im Berichtsentscheid angetönt (E. 3.5.2), bedeutet «freiwillig» nicht, dass die Versteigerung aus freiem Willen sämtlicher Veräusserer (hier: aller Miteigentümer) erfolgen muss: Die freiwillige öffentliche Versteigerung nach Art. 651 Abs. 2 ZGB bleibt – als Gegenbegriff zur betriebsrechtlichen Zwangsversteigerung – trotz ihrer gerichtlichen Anordnung «freiwillig» im Sinn der Art. 229 ff. OR, womit diese Bestimmungen zur Anwendung gelangen.¹² Dass die öffentliche Verstei-

Art. 229–236 OR N 12; H. BECKER, Berner Kommentar, Art. 184–551 OR, Bern 1934, Art. 229 OR N 4; P. TERCIER/L. BIERI/B. CARRON, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016, Nr. 1222; SCHMID (Fn. 2), § 10 N 11 m.w.H. Siehe aus der Rechtsprechung: BGE 128 III 198 ff. (199 f.), E. 3a und 3b; 106 III 79 ff. (82), E. 4.

⁷ SCHMID (Fn. 2), § 10 N 11.

⁸ Vgl. H. GIGER, Berner Kommentar, Art. 222–238 OR, Bern 1999, Art. 229 OR N 45 f., der von einer «Kategorie sui generis» spricht.

⁹ Siehe die Quellen in Fn. 11 f.

¹⁰ BGE 72 II 160 ff. (164), E. 3. Die Notmassnahmen des Bundesrats von 1940/1941 gegen die Bodenspekulation (in den Kriegs- und Nachkriegsjahren) waren auf Zwangsvollstreckungen explizit nicht anwendbar. Vgl. dazu auch SCHMID (Fn. 2), § 10 N 12.

¹¹ So bereits SCHMID (Fn. 2), § 10 N 12 m.w.H.; RUOSS/GOLA, BaKomm (Fn. 5), Vor Art. 229–236 OR N 10. Anders GIGER, BeKomm (Fn. 8), Art. 229 OR N 45 ff., wonach die Kategorienbildung offen sei.

¹² SCHMID (Fn. 2), § 10 N 9; RUOSS/GOLA, BaKomm (Fn. 5), Vor Art. 229–236 OR N 10; OSER/SCHÖNENBERGER, ZüKomm (Fn. 6), Vor Art. 229–236 OR N 9; CAVIN (Fn. 4), S. 162 f. Wohl auch A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981, Art. 651 ZGB N 33; B. GRAHAM-SIEGENTHALER, Berner Kommentar, Art. 641–654a ZGB, Bern 2022, Art. 651 ZGB N 69; R. HAAB, Zürcher Kommentar, Art. 641–

² J. SCHMID, Die Grundstücksversteigerung, in: A. Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 3. Aufl., Bern 2017, S. 439 ff., § 10 N 9.

³ So bereits C. WIELAND, Zürcher Kommentar, Das Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, Zürich 1990, Art. 651 ZGB N 7.

⁴ Im Einzelnen SCHMID (Fn. 2), § 10 N 13 ff., insb. 19; P. CAVIN, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Kauf, Tausch und Schenkung, Basel/Stuttgart 1977, S. 1 ff., 163.

⁵ R.T. RUOSS/P. GOLA, in: C. Widmer Lüchinger/D. Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Vor Art. 229–236 OR N 10; SCHMID (Fn. 2), § 10 N 11.

⁶ Aus der Lehre: CAVIN (Fn. 4), S. 163 m.w.H.; H. OSER/W. SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Art. 184–418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936, Vor

gerung nach Art. 651 Abs. 2 ZGB nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren abläuft (und folglich nicht das SchKG und die VZG zur Anwendung kommen), lässt sich wie folgt begründen:

a. Im Vordergrund steht die systematische Stellung von Art. 651 Abs. 2 ZGB: Art. 650 und 651 ZGB befassen sich mit der (materiell-rechtlichen) Aufhebung des Miteigentums; Art. 651 ZGB äussert sich zur Durchführung der Aufhebung. Das Gesetz stellt zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Einerseits können sich sämtliche Miteigentümer gemeinsam über die Aufhebung verständigen und einen Aufhebungsvertrag abschliessen (Abs. 1), andererseits – bei fehlender Einigung – hat jeder Miteigentümer die Möglichkeit, beim Gericht eine Aufhebungsklage anhängig zu machen (Abs. 2).¹³ In beiden Fällen kann es zu einer öffentlichen Versteigerung kommen. Dass die öffentliche Versteigerung nach Abs. 1 ausserhalb eines Zwangsvollstreckungsverfahrens stattfindet, dürfte unbestritten sein.¹⁴ Das Gleiche muss für die öffentliche Versteigerung nach Abs. 2 gelten, da dieser Absatz lediglich die gerichtliche Durchsetzung der Rechte aus Abs. 1 zum Gegenstand hat.

b. Weiter gilt es zu beachten, dass das SchKG (und damit auch die VZG) nach seinem Anwendungsbereich ausschliesslich die Zwangsvollstreckung von Geldforderungen und Sicherheitsleistungen regelt (Art. 38 Abs. 1 SchKG; Art. 355 Abs. 2 ZPO). Eine damit zusammenhängende (Zwangs-)Versteigerung unterliegt konsequenterweise dem SchKG/der VZG.¹⁵ Weshalb die Teilung von Miteigentum bzw. die damit zusammenhängende Versteigerung – die ja nicht der Zwangsvollstreckung einer Geldforderung oder Sicherheitsleistung dient – im SchKG-Verfahren ablaufen sollte, ist daher nicht ersichtlich. Zudem verweist Art. 651 Abs. 2 ZGB – anders als etwa Art. 649b Abs. 3 ZGB – nicht auf die Vorschriften der Zwangsverwertung (vgl. E. 3.5.3). Sinn und

Zweck von Art. 651 Abs. 2 ZGB legen daher nahe, die gerichtlich angeordnete Versteigerung ausserhalb eines Zwangsvollstreckungsverfahrens zu vollziehen.

c. Darüber hinaus lässt sich – wie im Berichtsentcheid ausgeführt (E. 3.5.1) – dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte von Art. 651 ZGB nichts Gegenteiliges entnehmen.¹⁶ Für einen anderen wichtigen Fall der gerichtlich angeordneten öffentlichen Versteigerung, nämlich Art. 612 Abs. 3 ZGB zur Erbteilung, ist denn auch seit einem Präjudiz aus dem Jahr 1989¹⁷ geklärt, dass eine freiwillige Versteigerung (keine Zwangsversteigerung) vorliegt (E. 3.5.4).

4. Fazit: Die gerichtlich angeordnete (öffentliche) Versteigerung nach Art. 651 Abs. 2 ZGB findet ausserhalb eines Zwangsvollstreckungsverfahrens statt und gehört mithin zu den freiwilligen Versteigerungen nach Art. 229 Abs. 2 OR; folglich richtet sich das Verfahren nach den Regeln von Art. 229 ff. OR und den kantonalen Normen (Art. 236 OR).¹⁸

5. Aus prozessualer Sicht lässt sich Folgendes beifügen: In seinem Urteil vom 8. August 2019 entschied das Zivilgericht Basel-Stadt nicht nur, dass das Miteigentum an der streitigen Liegenschaft aufgehoben und diese durch das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt öffentlich versteigert werde. Es wies das Amt auch an, die öffentliche Versteigerung «in Anwendung der üblichen Gantbedingungen durchzuführen» (und den Netto-Erlös den Miteigentümern gemäss ihren Quoten zuzuweisen; Sachverhalt, A.c). Damit konnten nebst den OR-Regeln nur die – in Anwendung von Art. 236 OR erlassenen – kantonalen Bestimmungen des basel-städtischen Gesetzes über das Gantwesen vom 8. Oktober 1936 (BS-Gesetzessammlung 230.900) gemeint sein. Dieser zivilgerichtliche Entscheid blieb offenbar unangefochten. Damit war aber nach der hier vertretenen Auffassung über die Art der Versteigerung rechtskräftig entschieden (res iudicata), und der Beschwerdeführer konnte die anwendbaren (kantonalen) Versteigerungsregeln nicht durch Beschwerde gegen die Verkehrswertschätzung des Grundstücks wieder in Zweifel ziehen.

729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1977, Art. 651 ZGB N 12. Anders D. PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Band I/2, Ergänzendes kantonales Recht, Basel 2001, Nr. 1039, und J.-P. VULLIÉTY, in: L. Thévenoz/F. Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Intro. Art. 229–236 OR N 11 und 16, die in den von Gerichten/Behörden angeordneten Versteigerungen eine eigene Kategorie erblicken, wobei sie diese allerdings dem kantonalen Recht unterstellen (die Bestimmungen des Bundesprivatrechts sollen nur subsidiär zur Anwendung gelangen).

¹³ Im Allgemeinen J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022, Nr. 788 ff. m.w.H.

¹⁴ Vgl. GRAHAM-SIEGENTHALER, BeKomm (Fn. 12), Art. 651 ZGB N 20.

¹⁵ Vgl. PIOTET (Fn. 12), Nr. 1039.

¹⁶ Vgl. BBI 1904 IV, S. 1, 62; E. HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bd. II: Sachenrecht, 2. Aufl., Bern 1914, S. 72 f. (abgedruckt in M. REBER/C. HURNI, Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Bd. II, Bern 2007, Nr. 1411 f.).

¹⁷ BGE 115 II 331 ff. (334), E. 2a.

¹⁸ Für eine Übersicht über die kantonalen Bestimmungen siehe SCHMID (Fn. 2), § 10 N 56 f.