

*contractus* im Sinne von BAR'S (a. a. O. S. 676), wenn nicht geradezu vereinbarungsgemäss, gegeben.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Der Rekurs wird abgewiesen.

### 10. Urteil vom 19. April 1918

#### i. S. Weil gegen Nötzli und Willi.

Art. 189 Abs. 3 OG: Der Ausdruck « Gerichtsstandsfragen » umfasst auch die Kompetenzausscheidung zwischen den betriebsrechtlichen Aufsichtsbehörden und den Gerichten. Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges nicht erforderlich. — Art. 136 bis SchKG findet auch Anwendung, falls der Gantzuschlag gemäss Art. 11 SchKG beanstandet werden will.

A. — An der Pfandsteigerung vom 17. März 1917 in einer Betreibung der Spar- und Leihkasse Diessenhofen gegen Heinrich Zimmermann in Aeugst (Bez. Affoltern) wegen einer Forderung, für die der Rekurrent Weil als Bürge haftete, wurde vom Rekursbeklagten Nötzli als Betreibungsbeamten von Aeugst ein Grundstück des Schuldners dem Rekursbeklagten Willi in Aeugst als Meistbieter zugeschlagen. Dessen Eigentumserwerb wurde am 19. April 1917 im Grundbuch eingetragen, und gleichen Tages liess Willi das Grundstück gemäss Verkauf auf den Betreibungsbeamten Nötzli als Eigentümer überschreiben. Hieraus schloss Weil, dass Willi das Grundstück für Nötzli, als dessen « Strohmann », ersteigert habe, und erhob mit dieser Behauptung und gestützt auf Art. 11 SchKG im Oktober 1917 gegen Nötzli und Willi beim Bezirksgericht Affoltern Klage mit den Begehren:

1. Es sei der Gantzuschlag an den Beklagten Willi, sowie die nachherige Grundbuchübertragung des Grundstückseigentums auf diesen und von ihm auf den Beklagten Nötzli « als ungültig zu erklären ».

2. Der Beklagte Nötzli sei zu verpflichten, dem Kläger die Gantkosten zu ersetzen und den aus dem Grundstück gezogenen Nutzen in die Pfändungsmasse Zimmermann einzuwerfen.

Das Bezirksgericht wies die Klage wegen Unzuständigkeit von der Hand, und den von Weil hiegegen eingelegten Rekurs verwarf die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 20. Februar 1918, indem sie wesentlich in Erwägung zog: Das auf Feststellung der Ungültigkeit des Gantzuschlages gerichtete Klagebegehren könne gemäss Art. 136 bis SchKG nur im Beschwerdewege geltend gemacht werden, da es sich beim Gantzuschlag nicht um ein privatrechtliches Geschäft, sondern um eine betriebsrechtliche Verfügung handle, und der Umstand hieran nichts ändere, dass der Anfechtungsgrund aus Art. 11 SchKG hergeleitet werde. Für die übrigen Klagebegehren wäre zwar an sich der Richter zuständig, doch setzten sie die Ungültigerklärung des Gantzuschlages voraus, und diese sei wegen Verspätung der Beschwerde nicht mehr möglich...

B. — Gegen diesen Beschluss hat Weil den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen und Aufhebung in dem Sinne beantragt, dass das Obergericht angewiesen werde, das Bezirksgericht Affoltern zur materiellen Behandlung und Entscheidung der Klage des Rekurrenten zu verhalten.

Zur Begründung wird vorgebracht: Nach Art. 11 SchKG sei eine Steigerung, bei der sich der Betreibungsbeamte (direkt oder durch einen « Strohmann ») als Bieter beteilige, nichtig und entbehre daher *ipso jure*, ohne dass es einer Klage oder Anfechtungshandlung bedürfte, jeder rechtlichen Wirkung (REGELSBERGER, Pandekten, § 174). Ihr gegenüber könne nur im Wege der Feststellungsklage, zur Konstatierung ihrer Rechtsunwirksamkeit, vorgegangen werden. Der Art. 136 bis SchKG aber spreche ausdrücklich von der Anfechtung und Auf-

hebung des Gantzuschlages. Das darin vorgesehene Beschwerdeverfahren beziehe sich also « klar und deutlich » nicht auf die Fälle, in denen der Gantzuschlag infolge Verstosses gegen das Verbot des Art. 11 ungültig sei. Vielmehr könne nach BLUMENSTEIN (Handbuch des Betreibungsrechts, S. 49) und JAEGER (Kommentar, Note 3 zu Art. 11) diese Nichtigkeit nur durch den Richter festgestellt werden. Die gegenteilige Auffassung des Obergerichts sei rein willkürlich...

C. — Die Rekursbeklagten haben beantragt, es sei auf den Rekurs wegen Nichterschöpfung des kantonalen Instanzenzuges (weil der obergerichtliche Entscheid mit der Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht, gemäss § 344 Ziff. 6 zürch. ZPO, hätte angefochten werden können) nicht einzutreten, eventuell sei er als unbegründet abzuweisen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Der Streit dreht sich in erster Linie und hauptsächlich darum, ob Art. 136 bis SchKG, wonach der Eigentumserwerb des Steigerungskäufers « nur auf dem Wege der Beschwerdeführung, mit dem Begehren um Aufhebung des Zuschlages » angefochten werden kann, entsprechend der Auffassung des Obergerichts auch gilt, falls ein Zuschlag gestützt auf Art. 11 SchKG als « ungültig » beanstandet wird, oder ob in diesem Falle die Feststellung der Ungültigkeit im gerichtlichen Verfahren möglich ist, wie der Rekurrent behauptet. Insoweit liegt eine eidg. Gerichtsstandsfrage im Sinne des Art. 189 Abs. 3 OG vor. Denn der Ausdruck « Gerichtsstand » umfasst in dieser Bestimmung nach der Praxis nicht nur die richterlichen, sondern auch diesen ähnliche Kompetenzen administrativer Natur. Insbesondere rechtfertigt es sich, die Bestimmung auch auf die Abgrenzung der Funktionen der betreibungsrechtlichen Aufsichtsbehörden gegenüber den richterlichen zu beziehen, da sonst bei Streitigkeiten über die Kompetenzausscheidung zwischen den Gerichts-

und den Aufsichtsbehörden, wenn, wie vorliegend, die erstern angerufen worden sind, keine eidg. Instanz zur freien Nachprüfung der eidg. Rechtsfrage bestände. Für die Beurteilung des Rekurses aus diesem Gesichtspunkte (welcher massgebend ist, obschon der Rekurrent sich irrtümlicherweise auf die Argumentation aus Art. 4 BV beschränkt hat) war aber die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges nicht erforderlich (AS 35 I S. 82)...

2. — Zwar ist mit dem Rekurrenten davon auszugehen, dass die Rechtshandlungen der Betreibungsbeamten, zu denen der Zuschlag bei der Zwangsversteigerung gehört, soweit Art. 11 SchKG sie als « ungültig » bezeichnet, nicht bloss anfechtbar, sondern nichtig sind. Dadurch wird jedoch die Anwendbarkeit des Art. 136 bis SchKG in den Fällen der Beanstandung des Steigerungszuschlages aus Art. 11 nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Der Zuschlag bei der Zwangsversteigerung stellt trotz seiner privatrechtlichen Wirkungen einen öffentlich-rechtlichen, speziell verwaltungsrechtlichen Akt dar. Die einen solchen Akt vor dem privaten Rechtsgeschäft auszeichnende autoritative Kraft, der in ihm zum Ausdruck gelangende Staatswille, bedingt aber eine gesteigerte Bedeutung seines formellen Bestandes. Es erscheint mit Rücksicht hierauf geradezu als ein Gebot der Rechtssicherheit, dass die Geltendmachung der Nichtigkeit beim öffentlich-rechtlichen Akt nicht in gleichem Masse, wie beim privaten Rechtsgeschäft, frei sein kann, sondern aller Regel nach einer bestimmten Form bedarf. So ist die Nichtigkeit des Richterspruchs wohl nach allen Rechtsordnungen in einem besondern Prozessverfahren festzustellen, und ein entsprechendes Vorgehen ergibt sich für die urteilsähnlichen Verwaltungsentscheide, soweit nicht ausdrücklich vorgeschrieben, schon aus der Natur der Sache. Ausnahmen sind wohl nur insofern zulässig, als eine förmliche Feststellung überhaupt nicht zu erfolgen hat, falls der Verstoss ganz grob und aus dem Inhalt des Aktes ohne weiteres erkennbar ist, wobei in der Doktrin teilweise

von « absoluter » Nichtigkeit gesprochen wird (vergl. hierzu allgemein WALTER JELLINEK, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 44 ff.; KARL KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 203 ff., und speziell für den Verwaltungsakt OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 97 f.; weitergehend allerdings FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., S. 194 ff.).

Wenn nun Art. 136 bis SchKG das prozessuale Vorgehen bei Beanstandung des durch den Zuschlag bewirkten Eigentumserwerbs des Steigerungskäufers in der Weise besonders ordnet, dass er in Anbetracht der öffentlich-rechtlichen Natur des Zuschlagsaktes (vergl. JAEGER, Kommentar, Note 2 S. 446) die Beschwerdeführung bei den Aufsichtsbehörden, d. h. den hiefür zu Gebote stehenden Verwaltungsweg, als ausschliesslich zulässig erklärt, so darf nach der vorstehenden Erwägung unbedenklich angenommen werden, dass diese Vorschrift, trotzdem sie mit dem Ausdruck « Aufhebung » des Zuschlages nur den häufigeren Fall blosser Anfechtbarkeit erfasst, doch grundsätzlich auch für die Feststellung der Nichtigkeit, gemäss Art. 11, gelten will. Eine Ausnahme im erwähnten Sinne könnte höchstens zugelassen werden, wenn der Widerspruch mit Art. 11 ohne anderes für jedermann offenkundig wäre — wie etwa, falls der Betreibungsbeamte sich selbst den Zuschlag direkt erteilt hätte —, während die hier behauptete Verwendung eines « Strohmannes » bestritten ist und der Klarstellung durch ein Beweisverfahren bedarf. So hat denn auch die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts, freilich nicht speziell im Hinblick auf einen Fall des Art. 11, ausgesprochen, dass neben der Beschwerdeführung nach Art. 136 bis SchKG für eine gerichtliche Anfechtung des Eigentumsüberganges als Folge des Steigerungszuschlages kein Raum mehr bestehe (AS 41 III S. 44).

3. — Aus dem Gesagten folgt, dass der angefochtene

Inkompetenzentscheid der zürcherischen Gerichte das massgebende eidg. Recht nicht verletzt...

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Der Rekurs wird abgewiesen.

11. Urteil vom 26. April 1918

i. S. Erna und Fanny O. gegen Kämpf.

Art. 312 ZGB. Gerichtsstand für eine gemeinsame Vaterschaftsklage der ausserehelichen Mutter und ihres Kindes. Der Wohnsitz des Kindes befindet sich, auch wenn für es an einem andern Orte ein Beistand bestellt worden ist, am Wohnsitz der Mutter.

A. — Am 18. Juni 1916 gebar die in Horb (Württemberg) heimatberechtigte und in Herisau wohnhafte Fanny O. im Mutterheim des Vereins für Mutter- und Säuglingsschutz in Zürich 6 das ausserehelich erzeugte Kind Erna. Schon am 2. Juni war auf die Schwangerschaftsanzeige hin der Amtsvormund IV der Stadt Zürich vom dortigen Waisenamt zum Beistand des zu erwartenden Kindes ernannt worden, und am 8. September 1916 wurde ihm die Vormundschaft, deren Führung vom Vormundschaftsgericht Stuttgart abgelehnt worden war, übertragen.

Als der Beistand gegen den in Bülach verbürgerten und in Aarau wohnhaften Albert Kämpf, der sich der Mutter gegenüber zur Anerkennung des Kindes mit Standesfolge verpflichtet, aber sein Versprechen nicht gehalten hatte, beim Bezirksgericht Zürich Vaterschaftsklage einreichte, erhob die Gemeinde Bülach als Nebenintervenientin die Einrede der Inkompetenz, weil Fanny O. zur Zeit der Geburt in Zürich keinen Wohnsitz gehabt habe. Das Gericht schloss sich dieser Auffassung an und wies die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit von der Hand.