

angefochtene Bestrafung der Kassationskläger schon aus diesem ersten Grunde, wegen mangelnden Nachweises des vom kantonalen Richter angenommenen Straftatbestandes, nicht zu Recht bestehen. Deshalb braucht auf eine Erörterung der von den Kassationsklägern weiterhin noch vorgebrachten Kassationsgründe nicht eingetreten zu werden. Insbesondere mag die Frage ausdrücklich dahingestellt bleiben, ob eine Bestrafung der „Schweizerischen Bundesbahnen“ als solcher wegen Übertretung der fraglichen „Vorschriften“ gemäß dem Standpunkte der Kassationsbeschwerde rechtlich unstatthaft wäre.

Demnach hat der Kassationshof
erkannt:

In Gutheißung der Kassationsbeschwerde wird das Urteil des solothurnischen Obergerichts vom 15. Januar 1909 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung nach Maßgabe der vorstehenden Motive an die kantonale Instanz zurückgewiesen.

IV. Organisation der Bundesrechtspflege. Organisation judiciaire fédérale.

Vergl. Nr. 27 Erw. 1—4.

C. ENTSCHEIDUNGEN DER SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSKAMMER ARRÊTS DE LA CHAMBRE DES POURSUITES ET DES FAILLITES

30. *Entscheid* vom 21. Januar 1909 in Sachen **Müller und Merkantils- Kunst- und Buchdruckerei Zürich.**

Liegenschaftssteigerung im Konkurs. Haftung für Sachmängel.
Art. 143 SchKG: Kompetenz der Betreibungsbehörden, zu entscheiden, ob die Zahlung rechtzeitig erfolgt und ob der Zahlungsverzug berechtigt sei. *Legitimation* des für den Ausfall Haftenden zur Anfechtung der Bedingungen der neuen Steigerung.

A. Am 4. Mai 1908 brachte das Konkursamt Schwamendingen im Konkurse der „Allgemeinen Druckerei A.-G.“ eine Liegenschaft mit Wohnhaus und verschiedenen Zubehörenden an die zweite Steigerung. Die Steigerungsbedingungen bestimmten u. a., daß jede Nachwährrschaft wegbedungen werde und daß der Käufer am Fertigungstage die Kaufsumme, soweit sie die anzuweisende Hypothek von 95,000 Fr. mit Stückzins vom 1. Oktober 1907 bis 1. Mai 1908 (2493 Fr. 75 Cts.) übersteige, bar zu bezahlen habe (wobei in jedem Falle die Konkurskosten und ein gesetzliches Pfandrecht ersten Ranges für 132 Fr. zu decken seien). Die Liegenschaft wurde dem Rekurrenten, Direktor Fritz Müller in Kloten, für eine zu bildende Genossenschaft, die Mer-

kantil= Kunst= und Buchdruckerei Zürich, eventuell für ihn als Selbstkäufer, um 129,000 Fr. zugeschlagen.

Nachdem die Fertigung schon einmal infolge einer nunmehr erlebigen Einwendung des Rekurrenten verschoben worden war, setzte das Konkursamt einen neuen Termin dafür auf den 12. August an. Der Ersteigerer erschien aber nicht, sondern ließ dem Amte am 12. August mitteilen, daß er die Zufertigung so lange ablehne, als nicht die defekte Heizungsanlage in der ersteigerten Liegenschaft in ordnungsgemäßen Zustand gestellt oder bezüglich des vorhandenen Defektes eine Einigung getroffen sei.

Das Konkursamt ordnete darauf eine neue Steigerung auf den 1. Oktober an, wobei es die Steigerungsbedingungen hinsichtlich der Zahlungspflicht des Ersteigerers dahin abänderte, daß dieser beim Zuschlag 5000 Fr. Anzahlung zu entrichten, das anzuweisende Kapital von 95,000 Fr. vom 1. Oktober 1908 an zu verzinsen, nach Inhalt der Schuldbekunde abzubezahlen und im übrigen den Kaufpreis bei der Fertigung bar zu entrichten habe. Im weitern verfügte das Amt, daß die Ausfallsforderung, nach Art. 143 Abs. 2 SchRG, die sich allfällig gegen den Rekurrenten ergebe, an der neuen Steigerung ebenfalls verwertet werde.

B. Gegen diese Anordnungen führte der Rekurrent Beschwerde. Er verlangte in erster Linie, daß die Abhaltung der Steigerung untersagt werde, und machte hiefür geltend: Art. 143 treffe dann nicht zu, wenn der Ersteigerer sich unter Berufung auf den mangelhaften Zustand des Gantobjektes weigere, den Gantkauf zu erfüllen. Dem Beschwerdeführer seien Mängel des Gantobjektes (nämlich Defekte an der Heizungsanlage, die nun in den neuen Steigerungsbedingungen bekannt gegeben würden) verschwiegen worden, weshalb er, ohne in Verzug zu kommen, die Bezahlung des Kaufpreises verweigern und Wandelung oder Kaufpreisminderung verlangen könne. Welchen dieser beiden Ansprüche er geltend machen werde, sei er im vorliegenden Stadium nicht verpflichtet anzugeben; es genüge, wenn er unter Bestreitung der Pflicht, den Gantkauf tale quale zu erfüllen, sich jene Ansprüche wahre. Die Konkursverwaltung aber habe nicht das Recht, die Liegenschaft neuerdings zu versteigern, bevor der zwischen den Parteien

entstandene Rechtsstreit vor dem Richter endgültig erledigt sei. — Eventuell gehe es nicht an, die allfällige Ausfallsforderung gegen den Rekurrenten an der neuen Gant zu versteigern. Die Ausbietung dieser Forderung sei für den Rekurrenten kreditfähig, und er brauche sich ein solches Verfahren nicht gefallen zu lassen, da er sich mit vollem Rechte weigere, den Steigerungskauf zu erfüllen. — Endlich müsse, falls die beabsichtigte Gant zulässig sein sollte, jedenfalls dem Konkursamte untersagt werden, den Zuschlag von einer Anzahlung von 5000 Fr. abhängig zu machen. In diesem Erfordernis liege eine unzulässige Abänderung der Steigerungsbedingungen, die den Beschwerdeführer, der ja für den Mindererlös haftbar gemacht werden wolle, schädige.

Neben dem Rekurrenten trat auch die genannte Genossenschaft Merkantil= Kunst= und Buchdruckerei Zürich als Beschwerdepartei auf.

C. Die beiden kantonalen Instanzen haben die Beschwerde abgewiesen. Den am 5. Dezember 1908 gefällten Entscheid der obern Aufsichtsbehörde haben nunmehr der Rekurrent Müller und die erwähnte Genossenschaft rechtzeitig an das Bundesgericht weitergezogen und unter Festhaltung an der Beschwerde beantragt, dem Konkursamt eine weitere Versteigerung der Liegenschaft zu untersagen, eventuell ihm zu untersagen, bei einer solchen Gant das Guthaben auf den früheren Ersteigerer aus einem allfälligen Mindererlös zu versteigern, und den Zuschlag von einer Anzahlung von 5000 Fr. abhängig zu machen.

Die Vorinstanz hat von Gegenbemerkungen zum Rekurse abgesehen, das Konkursamt auf dessen Abweisung angetragen.

Die Schuldbetreibungs= und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Ob die Genossenschaft Merkantil= Kunst= und Buchdruckerei Zürich zur Beschwerde legitimiert sei, braucht nicht geprüft zu werden, da, wenn nicht sie, so dann doch der Rekurrent Direktor Müller als Selbstkäufer Ersteigerer geworden ist und alle Rechte und Pflichten eines solchen, damit also auch die Befugnis, diese Rechte im Beschwerbewege zu wahren, erlangt hat.

2. Der Rekurrent stellt sich, was sein Hauptbegehren anbetrifft, auf den Standpunkt, daß die ihm zugeschlagene Liegenschaft einen

Mangel (defekte Heizungsanlage) aufweise und daß er infolgedessen einen Anspruch auf Wandelung oder einen solchen auf Preisminderung habe, daß darüber nur der Zivilrichter entscheiden könne und daher vor Erledigung dieses Rechtsstreites eine Weiterversteigerung nach Art. 143 SchRG unzulässig sei. Nun ist freilich im allgemeinen richtig, daß nach geltender Praxis durch den Zuschlag ein Kaufvertrag zu Stande kommt und daß die dadurch für den Ersteigerer begründeten Rechte und Pflichten die eines Käufers sind und darüber im Streitfall nur der ordentliche Zivilrichter als über eine Privatrechtsache entscheiden kann. An dieser Grundsätze hat indessen die Rechtsprechung nicht streng festgehalten, sondern stets sich daneben auch von der andern Erwägung leiten lassen, daß das Steigerungsgeschäft ein dem Zwangsvollstreckungsverfahren angehöriger und dessen Zwecken dienender Akt sei und daß deshalb, soweit es dieser Zweck erfordert, für das durch den Zuschlag begründete Kaufvertragsverhältnis die Normen des materiellen Kaufrechtes nicht schlechthin gelten können und die Zuständigkeit des ordentlichen Zivilrichters zu Gunsten derjenigen der Aufsichtsbehörden zurücktreten müsse.

3. Was nun zunächst den letztern Punkt, die Kompetenzfrage anbelangt, so kann im allgemeinen auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofes i. S. Hüller (Sep.-Ausg. 9 Nr. 9*) verwiesen werden, der die genannte Frage gerade hinsichtlich des Art. 143 SchRG prüft und dabei zu dem Ergebnis kommt, daß die Betreibungsbehörden in verbindlicher Weise feststellen können, ob „die Zahlung rechtzeitig erfolgt“ sei oder nicht, und daß bei dem von ihnen konstatierten Zahlungsverzug die neue Steigerung sofort anzuordnen sei, indem es den praktischen Bedürfnissen des Vollstreckungsverfahrens widerspräche, wenn der Ersteigerer dieses Verfahren durch einen Zivilprozeß zu hemmen vermöchte (vergl. auch den neuen Art. 136 bis in Art. 60 der Übergangsbestimmungen zum ZGB).

Danach sind hier die Betreibungsbehörden zuständig, zu entscheiden, ob es an der „rechtzeitigen Zahlung“ insofern mangle, als der Rekurrent sich geweigert hat, zur Fertigung, mit der der Kauffchilling fällig würde, Hand zu bieten, oder ob dies deshalb

* Ges.-Ausg. 32 I Nr. 30 S. 225 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

nicht der Fall sei, weil dem Rekurrenten ein Wandelungs- oder ein Preisminderungsanspruch zusteht, der jene Weigerung rechtfertigen und den Verzug ausschließen würde. Mit Unrecht ist also die Vorinstanz nicht auf eine Prüfung des Grundes eingetreten, aus dem der Rekurrent befreit, im Verzug zu sein. Er muß damit im Beschwerdeverfahren gehört werden, sobald er den Fortgang der Zwangsvollstreckung nicht durch Anrufung des Richters hemmen kann. Das schließt eine richterliche Prüfung der gleichen Frage nicht aus, da er die Behauptung, daß er nicht im Verzuge gewesen sei, gegenüber dem Anspruch auf Bezahlung des Ausfalles nach Art. 143 als Einrede noch aufstellen und dadurch dem Richter zur Beurteilung unterbreiten kann (vergl. Sep.-Ausg. 5 Nr. 76*, 7 Nr. 29** und 8 Nr. 44***). Nur kann natürlich der richterliche Entscheid hierüber der durch die Weiterführung der Zwangsvollstreckung begründeten Rechtslage keinen Eintrag tun, was praktisch zu dem Resultate führt, daß der Rekurrent, sobald die Betreibungsbehörden eine neue Steigerung rechtskräftig angeordnet haben, definitiv den Anspruch auf Übergabe der Kauffache verliert und einen bloßen Preisminderungsanspruch vor dem Richter nicht mehr geltend machen kann, — eine Beschränkung der Rechte eines ordentlichen Käufers, die sich jedoch durch den Zweck des Zwangsvollstreckungsverfahrens voll auf rechtfertigt.

4. Fragt man sich nun, ob der Rekurrent mit Recht behauptet, nicht im Verzug zu sein, so fällt zunächst in Betracht, daß in den Steigerungsbedingungen „alle und jede Nachwährschaft wegbedungen“ war. Danach braucht nicht geprüft zu werden, ob die Sätze über die kaufrechtliche Haftung für Sachmängel unbeschränkt auch auf das Steigerungsgeschäft Anwendung finden (welche Frage übrigens das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch in § 468 und der Entwurf des revidierten schweizerischen Obligationenrechts in Art. 1277 verneinend gelöst haben). Denn von einer solchen Haftung gegenüber dem Rekurrenten kann hier nach jener Steigerungsbedingung nur soweit die Rede sein, als sie durch diese nicht hat ausgeschlossen werden können, als daher der

* Ges.-Ausg. 28 II Nr. 69 S. 582 ff. — ** Id. 30 II Nr. 23 S. 171 ff. —

*** Id. 31 II Nr. 48 S. 331 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

Gewährsmangel dem Rekurrenten „arglistig verschwiegen“ worden ist, „eine unredliche Täuschung“ ihm gegenüber vorliegt (siehe Art. 244 OR, den genannten § 468 des zürcherischen Rechtes und Art. 1277 des Entwurfs zu einem revidierten OR). Für letzteres aber hat der Rekurrent einen genügenden Nachweis nicht erbracht. Die einzige altentworfene Tatfache, auf die er sich dafür berufen hat: daß nämlich in den früheren Steigerungsbedingungen die Heizungsanlage als neu bezeichnet und in den jetzigen Steigerungsbedingungen der Käufer auf die Fehlerhaftigkeit der Heizanlage aufmerksam gemacht wird, gestattet keinen sichern Schluß darauf, daß der Betreibungsbeamte diese Fehlerhaftigkeit schon bei Erteilung des Zuschlages an den Rekurrenten gekannt und sie diesem in einer seine Haftbarkeit begründenden Weise verschwiegen habe.

5. Hat es hiernach bei der vom Konkursamte verfügten Abhaltung der neuen Steigerung zu verbleiben, so fragt es sich noch, ob ihr die vom Rekurrenten angefochtene Steigerungsbedingung zu Grunde gelegt werden dürfe, die den künftigen Ersteigerer verpflichtet, bei Erteilung des Zuschlages 5000 Fr. bar zu bezahlen und mit andern Worten den Zuschlag von dieser Anzahlung abhängig macht. In dieser Hinsicht kann zunächst dem Rekurrenten nicht etwa die Legitimation zur Beschwerdeführung abgesprochen werden. Denn wegen seiner eventuellen Haftbarkeit für den möglichen „Ausfall“ nach Art. 143 Abs. 2 hat er ein Interesse daran, daß durch eine richtige und zweckmäßige Durchführung des neuen Steigerungsverfahrens ein Ausfall tunlichst vermieden oder auf einen geringen Betrag beschränkt werde. Und dieses Interesse ist (soweit es nicht einem entgegengesetzten anderer Beteiligter nachgeht) des rechtlichen Schutzes teilhaft; und zwar muß es der Rekurrent sofort im Vollstreckungs- und Beschwerdeverfahren wahrnehmen können, da es für ihn wichtig ist, jetzt schon einen möglichen Schaden abzuwenden und damit aller Verantwortlichkeit enthoben zu sein, statt später, wenn ihn der Inhaber der Ausfallsforderung vor dem Richter belangt, den dann oft schwierigen Beweis zu erbringen, daß ein anderes Vorgehen im neuen Verwertungsverfahren zu einem vorteilhaftern Ergebnis für ihn als Haftpflichtigen geführt hätte und die Verantwortlich-

keit daher nicht für den ganzen Ausfall bestehe. Zudem basiert ja diese seine Verpflichtung zur Bezahlung des Ausfalles auf der Annahme, daß die Liegenschaft „auf seine Rechnung und Gefahr, unter Befahrung bei seiner vertraglichen Verbindlichkeit“, weiter veräußert werde (vergl. Sep.-Ausg. 8 S. 191*).

In der Sache selbst dagegen erweist sich der vorliegende Beschwerdepunkt als unbegründet. Vorerst läßt sich die Befugnis der Konkursverwaltung, die Bedingungen der vorangegangenen Steigerung abzuändern, an sich nicht bestreiten (vergl. Sep.-Ausg. 7 Nr. 63**). Die Abänderung besteht hier darin, daß bei der früheren Gant der laufende Zins im bisherigen Betrage von 2493 Fr. 75 Cts. mit der Hypothek überbunden wurde, während das Amt bei der neuen Gant diesen, nunmehr auf 5000 Fr. angewachsenen und fällig gewordenen Zins beim Zuschlag in bar entrichtet wissen will. Das rechtfertigt sich zunächst schon deshalb, weil durch das Anwachsen und das Fälligwerden dieses Zinses die Verhältnisse anders geworden sind, indem der Hypothekargläubiger jetzt statt Überbindung sofortige Barzahlung des Zinses verlangen kann, und diese Zahlung wegen seines Pfandrechtes in erster Linie gesichert sein muß. Im übrigen läßt sich nicht sagen, daß dadurch die Bedingungen für den neuen Ersteigerer belastender werden als die dem Rekurrenten seinerzeit gestellten und daß dies das Zustandekommen eines neuen Zuschlages zu Ungunsten des Rekurrenten erschwere. Schon nach den früheren Steigerungsbedingungen (Ziff. 9) war das Konkursamt berechtigt, den Zuschlag von der Gewährung von Sicherheiten für den gestundeten Betrag abhängig zu machen. Es mußte also ein Ersteigerer, der wesentlich mehr als das Kapital von 95,000 Fr. bieten wollte, darauf gefaßt sein, eventuell für den ganzen bar zu bezahlenden Betrag am Steigerungstag Sicherheit leisten zu müssen. Wenn nun die spätern Bedingungen eine Barleistung von 5000 Fr. schon beim Zuschlag verlangen, so kann nicht davon gesprochen werden, daß dadurch ernsthafte Bieter abgeschreckt werden, wenn man noch bedenkt, daß sie darauf schon lange vorher durch die Auflegung der Steigerungsbedingungen aufmerksam gemacht wer-

* Ges.-Ausg. 31 II S. 339/340. — ** Id. 30 I Nr. 103 S. 599 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

den. Endlich fällt in Betracht, daß das Konkursamt bei der Durchführung der neuen Steigerung auch das Interesse der andern Beteiligten zu berücksichtigen hat, daß nun ein Sanktkauf endgültig abgeschlossen und vollzogen und zu diesem Zwecke der Ersteigerer durch eine sofortige Anzahlung zur Vollziehung angehalten werde. — Selbstverständlich kann aber dieses Verlangen der Barzahlung beim Zuschlag nur so gemeint sein, daß das Angebot auch eine Barzahlung von mindestens diesem Betrage in sich schließt.

6. Endlich beschwert sich der Rekurrent gegen die Verfügung des Konkursamtes, daß bei der beabsichtigten Steigerung auch die allfällige Ausfallforderung gegen den Rekurrenten nach Art. 143 Abs. 2 zu versteigern sei. Diese Verfügung ist indessen durchaus gesetzmäßig, indem die Forderung aus Art. 143 im betreffenden Vollstreckungsverfahren selbst als ein den vollstreckenden Gläubigern verhaftetes Aktivum verwertet werden muß und diese Verwertung namentlich auch durch öffentliche Versteigerung geschehen kann (vergl. Sep.-Ausg. 5 Nr. 76 S. 298 ff., spez. S. 303*, und 6 Nr. 78 Erw. 1**).

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

31. **Entscheid** vom 21. Januar 1909 in Sachen **Brandenberger.**

Beschwerdeverfahren. Art. 17 ff. SchKG: Jede selbständige Verfügung des Betreibungsamtes kann innert einer neuen Beschwerdefrist angefochten werden. Voraussetzungen dieser Selbständigkeit und Begriff der « Verfügung » überhaupt.

A. Der Rekurrent Wilhelm Brandenberger erwirkte am 4. Dezember 1908 vom Betreibungsamt Baselstadt gegen Eugen Elser einen Zahlungsbefehl, Betreibung Nr. 58,447, den das Amt der Post zur Zustellung übergab. Der Befehl kam an das Amt zu-

* Ges.-Ausg. 28 II S. 587. — ** Id. 29 I Nr. 127 S. 600.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

rück, mit der Erklärung des mit der Zustellung betrauten Postbeamten: „Abgereift“. Darauf sandte das Amt am 7. Dezember die beiden Doppel des Zahlungsbefehls dem Gläubiger, mit der Verurkundung: „Nicht zugestellt. Schuldner ist abgereift.“ Mit Brief vom 9. Dezember überreichte der Rekurrent durch seinen Vertreter, Advokat Dr. Gremer, die Urkunde wieder dem Amte, indem er geltend machte: Nachdem angeblich die Zustellung in der polizeilich angemeldeten Wohnung des Schuldners nicht habe stattfinden können, sei nach Art. 64 Abs. 2 SchKG vorzugehen, auf Grund dessen dann konstatiert werden könne, ob die Voraussetzung des Art. 66 Abs. 4 SchKG gegeben sei. Am folgenden Tage erneuerte der Vertreter des Rekurrenten diese Anbringen mündlich, aber ohne Erfolg, beim Amte, indem er geltend machte, nach den Erkundigungen beim Kontrollbureau habe der Schuldner seine Papiere nicht zurückgezogen und sich nicht abgemeldet. Dieses schrieb ihm dann am 11. Dezember: „In Bestätigung unserer gestrigen Unterredung stelle ich Ihnen die beiden Zahlungsbefehle wieder zu. Wir haben keine Veranlassung, ein anderes Verfahren einzuschlagen.“

Am 19. Dezember 1908 führte der Rekurrent Beschwerde mit dem Antrage, das Amt habe nach Art. 64 Abs. 2 und eventuell nach Art. 66 Abs. 4 SchKG vorzugehen. Das Amt beantragte, die Beschwerde als verspätet abzuweisen und behielt sich dabei für den Fall sachlicher Erledigung der Beschwerde die Einreichung einer Vernehmlassung vor.

B. Die kantonale Aufsichtsbehörde entschied am 31. Dezember 1908 auf Nichteintreten wegen verspäteter Beschwerdeführung. Ihren Entscheid hat nunmehr der Rekurrent rechtzeitig an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Begehren: die Beschwerde sei materiell zu behandeln, sei es unmittelbar durch das Bundesgericht, sei es zunächst durch die Vorinstanz.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. Die Vorinstanz kommt zu ihrem Nichteintretensentscheid von der Erwägung aus, daß der Rekurrent gegen die Verfügung des Betreibungsamtes vom 7. Dezember 1908, die in der Zusendung der beiden Doppel des nicht zugestellten Zahlungsbefehles liegt,