

78. *Entscheid vom 27. September 1910* in Sachen *Straßer*.

Art. 17 ff. SchKG: Beschwerdeverfahren. Zulässigkeit einer innert Frist eingelegten Beschwerde, wenn weder von der Konkursverwaltung noch vom Konkursgericht seither eine unwiderrufliche Exekutionshandlung vorgenommen worden ist. — Art. 264 SchKG: Verteilung im Konkurs. Pflicht der Konkursverwaltung, die Erledigung von Beschwerden gegen die Verteilungsliste abzuwarten. — Art. 36 SchKG: Entbehrlichkeit eines Sistierungsgesuchs.

A. — In einer von Jakob Böffel, Wirt in Worben, für eine Kaufpreisforderung von 2000 Fr. gegen die Wasserversorgungsgenossenschaft Petineska in Studen eingeleiteten Betreibung erwirkte der Gläubiger auf erfolgten Rechtsvorschlag die provisorische Rechtsöffnung. Daraufhin hob die Petineska den Aberkennungsprozeß an. Dieser Prozeß war erstinstanzlich beinahe durchgeführt, als die Petineska in Konkurs fiel.

In diesem Konkurs gab Böffel seine Forderung von 2000 Fr. nebst den ihm aus dem Aberkennungsprozeß erwachsenen Kosten im Betrag von 857 Fr. 80 Cts. ein und wurde im verlangten Umfang kolloziert. Die Kollokation der Kostenforderung wurde vom heutigen Rekurrenten, Notar Straßer in Nidau, gerichtlich angefochten, das bezügliche Verfahren wurde jedoch vom Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern von Amtes wegen kassiert. Daraufhin wurde der Aberkennungsprozeß, welcher auf Betreiben Straßers von der Konkursmasse aufgenommen worden war, weitergeführt. Da jedoch der Masse die Mittel zur Prozeßführung fehlten, verfügte die Konkursverwaltung, daß Straßer einen Kostenvorschuß von 200 Fr. zu leisten habe. Straßer kam der Verfügung nach und schloß der Masse in der Folge noch einen weiteren Betrag von 50 Fr. vor.

Nach erfolgter Abweisung der Aberkennungsklage legte die Konkursverwaltung am 28. April 1910 die Verteilungsliste auf, wonach bei einer verfügbaren Summe von 279 Fr. 48 Cts. Straßer auf einen Betrag von 73 Fr. 15 Cts. angewiesen wurde und für den Rest seiner Forderung (922 Fr. 05 Cts.) zu Verlust kommen sollte.

B. — Am letzten Tag der Anfechtungsfrist, d. h. am 9. Mai, führte Straßer bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde, mit den Begehren, es sei die Verteilungsliste aufzuheben, die Konkursverwaltung anzuweisen, vom Anwalt der Masse eine Abrechnung einzufordern, der Betrag dieser Note aus dem Massavermögen zu bestreiten und es seien die Vorschüsse nur soweit in Anspruch zu nehmen, als das Massavermögen nach Deckung der Liquidationskosten zur Honorierung des Anwalts nicht hinreichen sollte, im übrigen aber dem Rekurrenten zuzüglich des gesetzlichen Depotzinses zurückzuerstatten, da der Aberkennungsprozeß gegen Böffel nicht für seine eigene Rechnung, sondern für diejenige der Masse geführt worden sei.

Die Beschwerde wurde vom Präsidenten der kantonalen Aufsichtsbehörde durch Vermittlung des Gerichtspräsidenten von Nidau der Konkursverwaltung am 12. Mai zur Vernehmlassung zugestellt. Diese hatte aber bereits am 10. Mai — d. h. am Tag nach Ablauf der Anfechtungsfrist — die Verteilung vorgenommen und dem Gerichtspräsidenten von Nidau den Schlußbericht vorgelegt, welcher seinerseits am nämlichen Tage den Schluß des Konkurses aussprach. Diese Verfügung wurde im schweiz. Handelsamtsblatt vom 14. Mai publiziert.

Hierauf richtete Straßer am 24. Mai eine zweite Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde, worin er auf Annullierung sämtlicher vom Konkursamt nach erfolgter Auflage der Verteilungsliste vorgenommener Handlungen antrug, weil durch die erste Beschwerde jede weitere Verfügung des Amtes sistiert worden sei.

In seiner Vernehmlassung bemerkt das Konkursamt lediglich es habe von der ersten Beschwerde Straßers erst nach Schluß des Konkursverfahrens Kenntnis erhalten.

C. — Mit Entscheid vom 6. Juli 1910 hat die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde vom 24. Mai als unbegründet abgewiesen und diejenige vom 9. Mai als dadurch gegenstandslos geworden erklärt. Sie führt aus, in der sofortigen Abschließung des Konkursverfahrens nach Ablauf der Auflagefrist könne angesichts der Vorschrift des Art. 264 SchKG sowie der attamenmäßig belegten Tatsache, daß das Konkursamt von der ersten Beschwerde Straßers erst nach Schluß des Konkursverfahrens Kenntnis er-

halten habe, weder ein gesetzwidriges noch auch ein inkorrektes Verhalten des Konkursamtes erblickt werden. Von Gesetzes wegen komme den Beschwerden kein Suspensiveffekt zu. Wenn dem Rekurrenten daran gelegen war, den Abschluß des Konkurses bis nach erfolgter Beurteilung seiner ersten Beschwerde zu hemmen, so wäre es seine Sache gewesen, durch Anbringung eines bezüglichen Gesuches den Präsidenten der Aufsichtsbehörde zum Erlaß einer Sistierungsverfügung zu veranlassen. Die Aufsichtsbehörde wäre übrigens, nachdem der Schluß des Konkurses verfügt worden sei, gar nicht mehr in der Lage, die in dieser Beschwerde angefochtenen konkursrechtlichen Akte rückgängig zu machen.

D. — Diesen Entscheid hat der Rekurrent unter Erneuerung der in seinen beiden Beschwerden enthaltenen Begehren innert Frist ans Bundesgericht weitergezogen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. — Die Vorinstanz schließt aus der Tatsache, daß der Schluß des Konkurses in casu vom Konkursrichter bereits ausgesprochen und publiziert worden ist, ohne weiteres, daß die vom Rekurrenten angefochtenen Maßnahmen nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

Demgegenüber ist festzustellen, daß die erste Beschwerde Straßers vom 9. Mai innert der gesetzlichen zehntägigen Frist zur Anfechtung der Verteilungsliste, somit jedenfalls rechtzeitig, bei der kantonalen Aufsichtsbehörde eingelegt worden ist und es fragt sich somit nur, ob der Tatsache, daß das Konkursamt ungeachtet der Beschwerde zwischen dem Zeitpunkt ihrer Einreichung und ihrer Beurteilung zur Verteilung geschritten, dem Konkursrichter den Schlußbericht erstattet und der Konkurschluß von diesem verfügt worden ist wirklich die Bedeutung zukomme, daß auf die Beschwerde nicht mehr eingetreten werden kann.

Diese Frage müßte bejaht werden, wenn die in der Zwischenzeit vorgenommenen Konkurshandlungen sich in Wirklichkeit als unwiderruflich erweisen würden und es läßt sich denn auch das Bundesgericht seit Jahren in konstanter Praxis auf Beschwerden nicht ein, deren Gegenstand mittlerweile vom Betreibungs- oder Konkursamt rechtsgültig verwertet worden und in das Eigentum

eines Dritten übergegangen ist (vergl. z. B. US Sep.-Ausg. 7 Nr. 12, 20 und 80*). Das wohlervorbene Recht des Dritten schließt eine Intervention der Aufsichtsbehörden auch dann aus, wenn das Verhalten der Vollstreckungsorgane vom Standpunkt des Gesetzes aus als anfechtbar erscheinen sollte. Eine Rückgängigmachung des rechtsgültig abgeschlossenen zweiseitigen Rechtsgeschäfts durch die Aufsichtsbehörden wäre faktisch unmöglich und es könnte eine dahingehende Verfügung gar nicht exekutiert werden.

Wenn das Bundesgericht in vereinzelt Entscheidungen (vergl. Sep.-Ausg. 5 Nr. 24**, 9 Nr. 42 und 63***) die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden unter Berufung darauf verneint hat, daß das Exekutionsverfahren vollständig durchgeführt sei, so hat es sich dabei freilich einer zu allgemeinen Ausdrucksweise bedient. Maßgebend kann nicht die Tatsache des Abschlusses des Verfahrens an sich, sondern nur die Unmöglichkeit der Rückgängigmachung der angefochtenen Verfügung sein. Wo dagegen Remedur noch möglich ist, hat dieses Prinzip keine hinreichende Berechtigung und es sind alsdann die nach erfolgter Einreichung der Beschwerde auf anfechtbarer Grundlage vorgenommenen weiteren Amtshandlungen von der Aufsichtsbehörde mit der angefochtenen Verfügung selber zu annullieren. So hat das Bundesgericht in seinen beiden Entscheidungen vom 11. Mai und 19. Oktober 1909 in Sachen Wilczek (US Sep.-Ausg. 12 Nr. 25 und 56****) keinen Anstand genommen, die kantonale Aufsichtsbehörde anzuhalten, auf das Begehren des Rekurrenten um Herausgabe eines gepfändeten Barbetrages einzutreten, obschon das Betreibungsamt den Betrag bereits einem Dritten ausbezahlt hatte. Ebenjowenig würde die Tatsache des Abschlusses eines Betreibungsverfahrens an sich mangels eines zweiseitigen unwiderrufbaren Aktes genügen, um die Korrektur einer bei der Ausstellung eines Verluftscheines begangenen Gesetzwidrigkeit zu verhindern.

Die gegenteilige Praxis würde eine unzulässige Verkürzung des

* Ges.-Ausg. 30 I Nr. 31 S. 193 ff., Nr. 39 S. 223 ff. und Nr. 137 S. 806 ff. — ** Id. 28 I Nr. 45 S. 195 ff. — *** Id. 32 I Nr. 86 S. 592 ff. und Nr. 119 S. 800 ff. — **** Id. 35 I Nr. 78 S. 480 ff und Nr. 123 S. 784 ff.

(Ann. d. Red. f. Publ.)

den Beteiligten von Gesetzes wegen gewährleisteten Beschwerde-rechtes bedeuten und dasselbe unter Umständen geradezu illusorisch machen und es bildet auch die dem Geschädigten durch Art. 5 SchRG gebotene Möglichkeit, den fehlbaren Beamten auf Schadenersatz zu belangen, anerkanntermaßen nur ein unzureichendes Aushilfsmittel.

2. — Ist somit daran festzuhalten, daß auf eine innert der gesetzlichen Frist gegen eine Verfügung des Betreibungsamtes oder der Konkursverwaltung bei der Aufsichtsbehörde eingelegte Beschwerde stets einzutreten ist, wenn keine der seit erfolgter Einreichung der Beschwerde vorgenommenen Exekutionshandlungen sich als unwiderruflich erweist, und daß die Begründeterklärung der Beschwerde ohne weiteres die Aufhebung sämtlicher weiterer Exekutionshandlungen bewirkt, so steht der Anwendung dieses Grundsatzes auf den vorliegenden Fall auch der Umstand nicht entgegen, daß eine dieser Handlungen, nämlich der Konkurschluß, nicht vom Konkursamt, sondern vom Konkursgericht ausgegangen ist. Die Vollstreckungsbehörden haben von jeher das Recht vindiziert, richterliche Verfügungen unbeachtet zu lassen, wenn sie mit Bestimmungen des Betreibungsgesetzes objektiv im Widerspruch stehen. Demgemäß hat das Bundesgericht schon mit Entscheid vom 17. März 1908 in Sachen Bernasconi* einen Rekurs gegen eine unkorrekte Konkursandrohung gutgeheißen, ob schon inzwischen der Konkurs vom Konkursgericht eröffnet worden war.

Daß nun in casu der Konkurs nicht hätte geschlossen werden sollen, da ja die Verteilungsliste noch gar nicht in Rechtskraft erwachsen war, liegt auf der Hand und es hat das Konkursamt das Risiko dafür zu tragen, daß es nichtsdestoweniger die Verteilung vorgenommen und dem Konkursgericht den Schlußbericht unterbreitet hat, ohne richtigerweise die Erledigung der hängigen Beschwerde abzuwarten und sich zu diesem Zweck zuvor danach zu erkundigen, ob die Verteilungsliste auf dem Beschwerdeweg angefochten worden war oder nicht.

Auch darf dem Rekurrenten nicht entgegengehalten werden, daß es seine Sache gewesen wäre, ein Sistierungs-gesuch im Sinn von

* Nicht publiziert.

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

Art. 36 SchRG zu stellen. Abgesehen davon, daß es sehr fraglich ist, ob im vorliegenden Fall eine Sistierungsverfügung des Präsidenten der kantonalen Aufsichtsbehörde rechtzeitig eingetroffen wäre, — der Konkurs wurde bereits am 10. Mai geschlossen —, ist zu sagen, daß nach dem System des Betreibungsgesetzes der Präsident der urteilenden Behörde im Grunde genommen ex officio der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen hat, wenn die vorläufige Prüfung der Beschwerde die Berechtigung dieser Maßnahme dartut.

3. — Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Vorinstanz sich zu Unrecht geweigert hat, auf die erste Beschwerde des Rekurrenten vom 9. Mai 1910 einzutreten und daß die Sache daher zur materiellen Beurteilung dieser Beschwerde an sie zurückgewiesen werden muß. Die kantonale Aufsichtsbehörde wird darüber zu entscheiden haben, ob die Verteilungsliste hinsichtlich der Forderung des Rekurrenten wirklich dem Gesetz entspricht oder ob dem Rekurrenten nicht vielmehr die Qualität eines Massagläubigers zukommt. Für den letztern Fall mag schon jetzt bemerkt werden, daß damit nicht das ganze Konkursverfahren neu eröffnet und daß es namentlich keiner neuen Auflage der Verteilungsliste bedürfen würde, da die berichtigte Liste ohne weiteres kraft des Entschreibes der Aufsichtsbehörden in Kraft treten würde.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird unter Aufhebung des Vorentscheides dahin begründet erklärt, daß die Sache zur materiellen Behandlung der Beschwerde Straßer vom 9. Mai 1910 im Sinn der Motive an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.