

E. Spycher et consorts ont recouru au Tribunal fédéral, en concluant à ce que l'arrêt de l'exploitation soit ordonné, conformément à l'art. 223 LP.

Considérant en droit :

« Sont nuls à l'égard des créanciers — dit l'art. 204 LP — tous actes par lesquels le débiteur aurait disposé, depuis l'ouverture de la faillite, de biens appartenant à la masse. » Contrairement à la manière de voir de l'autorité cantonale, il y a lieu d'admettre, avec les recourants, que cette nullité déploie de plein droit ses effets, vis-à-vis des créanciers, et qu'il n'est pas besoin de la faire constater par jugement (v. JÆGER, art. 204 note 7 al. 1). Les biens aliénés le 29 septembre 1926 soit après l'ouverture de la faillite, continuent donc — malgré la prise de possession par l'acquéreur et alors même que celui-ci serait de bonne foi — à faire partie de l'actif de la faillite, comme s'ils étaient restés la propriété du failli.

L'administration de la faillite a, toutefois, perdu la possession desdits biens. Elle n'a, dès lors, pas le droit de les reprendre par la force, contre la volonté du tiers détenteur. L'office ne disposant, en effet, de pouvoirs de coercition qu'à l'égard du failli, c'est par la voie judiciaire qu'il doit agir, vis-à-vis de toute autre personne, pour recouvrer la maîtrise de fait sur les objets soumis à réalisation (JÆGER, art. 204 note 7 al. 2).

Or, en l'espèce, tout l'actif réalisable (acquis en violation flagrante de la loi) est détenu par une société anonyme, dans des locaux qui lui appartiennent personnellement. En fermant ces locaux, l'office interdirait à un tiers l'entrée de ses propres immeubles. Il lui enlèverait la disposition de tous les biens qui s'y trouvent — y compris ceux qui ne proviennent pas du failli — et immobiliserait ainsi une entreprise dont l'exploitation n'intéresse pas que les seuls créanciers de Schwab. C'est, dès lors, à bon droit que la plainte a été rejetée.

Il conviendrait, toutefois, que l'autorité cantonale de surveillance intervienne, de la manière qu'elle jugera la plus indiquée, pour rappeler au préposé les devoirs de sa charge. Quant aux créanciers recourants, ils conservent le droit de requérir de l'administration de la faillite l'introduction de procédés judiciaires, aux fins de restitution des biens distraits, ou de remboursement de leur valeur.

La Chambre des Poursuites et des Faillites prononce ;

Le recours est rejeté.

27. Entscheid vom 19. Juli 1927 i. S. 1. Borzykowsky und Konsorten, und 2. Konkursverwaltung der « Borvisk » und Konsorten.

Wer im Kollokationsplan abgewiesen worden ist, jedoch Kollokationsklage angestrengt hat, ist zur Beschwerdeführung gegen die Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung legitimiert zu erachten, es wäre denn, dass die Kollokationsklage von vorneherein als aussichtslos erscheint.

Im Konkurse über die Borvisk Kunstseidewerke A.-G. meldeten die Beschwerdeführer und ersten Rekurrenten hohe Forderungen an; doch wurden sie damit im Kollokationsplan abgewiesen. Ihre auf Zulassung gerichteten Kollokationsplananfechtungsklagen wurden am letzten Tage der Auflagefrist zur Post gegeben, jedoch versehentlich mit der Adresse des Konkursamtes Zürich I (Konkursverwaltung), und als sie von diesem unverzüglich zurückgesandt und mit der Adresse des zuständigen Einzelrichters des Bezirksgerichtes Zürich versehen wiederum zur Post gegeben wurden, war die Anfechtungsfrist bereits abgelaufen. Infolgedessen wies das Obergericht des Kantons Zürich entsprechend dem Antrag der beklagten Konkursmasse die Klage eines der Be-

schwerdeführer, die als Muster in Beurteilung gezogen worden war, am 14. Juni 1927 von der Hand. Gegen diesen « Beschluss » legte der betreffende Kläger Berufung an das Bundesgericht ein, welche gegenwärtig noch pendent ist.

Inzwischen hatte die auf den 10. März 1927 einberufene zweite Gläubigerversammlung, zu welcher die Beschwerdeführer nicht eingeladen, jedoch als Kauflihaber der zur Konkursmasse gehörenden Fabrik in Steckborn zugelassen wurden, deren Antrag auf Verschiebung der Versammlung um zwei Wochen abgelehnt und dem Angebote der Herren Hofmann, Reichel und Schmid auf freihändigen Ankauf der Fabrik vor demjenigen eines der Beschwerdeführer den Vorzug gegeben. Diese Beschlüsse fochten die Beschwerdeführer an mit dem Antrag auf Aufhebung derselben und Anweisung an die Konkursverwaltung, die zweite Gläubigerversammlung neu einzuberufen.

Die untere Aufsichtsbehörde, das Bezirksgericht Zürich, wies die Beschwerde ab, in erster Linie mangels Legitimation der Beschwerdeführer. Auf den Rekurs der Beschwerdeführer hin hat die obere Aufsichtsbehörde, das Obergericht des Kantons Zürich, am 28. Juni beschlossen: « Das vorliegende Rekursverfahren wird sistiert bis zur rechtskräftigen Erledigung der von den Rekurrenten gegen die Rekursgegnerin eingeleiteten Kollokationsklagen. »

Hierauf haben die Beschwerdeführer Rechtsverzögerungsbeschwerde an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag, das Obergericht sei anzuweisen, ihren Rekurs sofort an Hand zu nehmen und darüber zu entscheiden.

Ebenso haben die Konkursverwaltung, der Gläubigerausschuss, die Herren Hofmann, Reichel und Schmid, sowie die Grundpfandgläubigerin Schweizerische Bankgesellschaft den Beschluss des Obergerichts an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrag, es sei anzuhalten, die Sistierung des Rekursverfahrens aufzuheben und den Rekurs materiell zu behandeln.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :

Aus der Fassung des angefochtenen Beschlusses ergibt sich und durch die Vernehmlassung der Vorinstanz wird bestätigt, dass diese die Entscheidung über die Beschwerdelegitimation abhängig machen will vom Ausgang der von den Beschwerdeführern angestrebten Kollokationsprozesse und aus diesem Grunde die Beurteilung des Rekurses der Beschwerdeführer verschoben hat. Indessen steht der Auffassung der Vorinstanz von vorneherein das Bedenken entgegen, dass für die Entscheidung über die Beschwerdelegitimation grundsätzlich der Zeitpunkt massgebend ist, in welchem Beschwerde geführt wird, oder doch spätestens der Zeitpunkt, in welchem die Beschwerde materiell beurteilt werden kann, was schon nach Eingang der Rekursantworten bei der Vorinstanz der Fall war. Freilich ist es eine zweifelhafte Rechtsfrage, ob einer Person, die im Konkurs eine Forderung angemeldet hat, jedoch im Kollokationsplan damit abgewiesen worden ist und Klage auf Abänderung des Kollokationsplanes im Sinne ihrer Zulassung als Konkursgläubiger angestrengt hat, während der Pendency dieses Kollokationsprozesses die Legitimation zuerkannt werden könne, gegen Beschlüsse der zweiten oder einer späteren Gläubigerversammlung Beschwerde zu führen. Allein deswegen ist es noch nicht gerechtfertigt, die Entscheidung über die Frage nach der Beschwerdelegitimation und damit natürlich auch über die Beschwerdegründe zu verschieben, bis durch die rechtskräftige Erledigung des Kollokationsprozesses jeder Zweifel darüber behoben ist, ob der Beschwerdeführer Konkursgläubiger sei oder nicht. Dies könnte gegebenenfalls und würde gerade vorliegend dazu führen, dass die Konkursliquidation ausgesetzt wird, bis festgestellt ist, wer Konkursgläubiger sei; allein ein derartiges Zuwarten steht im Widerspruch zum positiven schweizerischen

Konkursrecht, welches die Abhaltung der zweiten Gläubigerversammlung, die « unbeschränkt alles weitere für die Durchführung des Konkurses anordnet », ohne Rücksicht auf schwebende Kollokationsprozesse vorsieht, mit der Massgabe, dass nur die im Kollokationsplan zugelassenen Konkursgläubiger daran teilnehmen dürfen (Art. 252 Abs. 1 SchKG). In der Tat liesse es sich auch gar nicht rechtfertigen, die Liquidationsoperationen mit Rücksicht auf die Kollokationsklage einer Person auszusetzen, von der sich herausstellen kann, dass sie gar nicht Konkursgläubiger ist.

Gerade aus der Vorschrift, dass Personen, welche mit ihrer angemeldeten Forderung aus dem Kollokationsplan weggewiesen wurden, von der zweiten Gläubigerversammlung ausgeschlossen sind, wollen die Beschwerdegegner schliessen, um so weniger könne solchen Personen das Recht zur Anfechtung der Gläubigerversammlungsbeschlüsse durch Beschwerde zugestanden werden. Hierbei übersehen die Beschwerdegegner jedoch, dass die Beschwerdeführung gegen Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung nur wegen Gesetzesverletzung zulässig ist und daher im allgemeinen eine weit geringere Rechtsmacht verleiht als die Mitwirkung bei der Beschlussfassung über die Ermessensfragen aller Art, zu deren Beantwortung die zweite Gläubigerversammlung berufen ist. Wird daher eine Person, von der sich in der Folge herausstellen mag, dass sie gar nicht Konkursgläubiger ist, zur Beschwerde gegen die Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung zugelassen, so kann die Gesamtgläubigerschaft deswegen doch nicht von einem grösseren Nachteil betroffen werden, als dass allfällige gesetzwidrige Gläubigerversammlungsbeschlüsse aufgehoben werden, während sie sonst mangels Beschwerdeführung von anderer Seite in Rechtskraft erwachsen wären. Dieser Nachteil ist bedeutend geringer einzuschätzen als derjenige, welchem ein wirklicher Konkursgläubiger, der gegen die ungerechtfertigte Wegweisung aus dem Kol-

lokationsplan Kollokationsklage angestrengt hat, in der Zwischenzeit bis zur Gutheissung seiner Klage ausgesetzt wäre, wenn er sich in keiner Weise zur Wehr setzen könnte gegen die Weiterführung der Konkursliquidation auf Grund rechtswidriger Gläubigerversammlungsbeschlüsse, die indessen nur ihn oder doch hauptsächlich ihn schädigen und daher von keinem anderen Gläubiger durch Beschwerde angefochten werden wollen. Dabei fällt hauptsächlich in Betracht, dass die Kollokationsverfügungen nach schweizerischem Konkursrecht nicht wie anderswo in einem kontradiktorischen Verfahren getroffen werden, und dass die Konkursverwaltung, welche den Kollokationsplan aufstellt, von einer feindlichen Gläubigergruppe eingesetzt, und der Gläubigerausschuss, welcher ihn genehmigt, aus feindlichen Gläubigern zusammengesetzt sein kann. In der gleichen Linie hat sich übrigens die Rechtsprechung der Oberaufsichtsbehörde bereits bewegt, als sie demjenigen, welcher nach Abweisung im Kollokationsplan Kollokationsklage angestrengt hat, das Recht zubilligte, Abtretung streitiger Masserechtsansprüche zu verlangen (BGE 48 III S. 88 ff.).

Ist somit die Legitimation des als Konkursgläubiger im Kollokationsplan Abgewiesenen, jedoch klagend Auftretenden, zur Beschwerdeführung gegen Gläubigerversammlungsbeschlüsse grundsätzlich zu bejahen (vgl. in diesem Sinne schon Archiv 4 Nr. 91 und ähnlich BGE 27 I S. 126 = Sep.-Ausg. 4 S. 34), so dürfen die Aufsichtsbehörden doch für sich in Anspruch nehmen, die Beschwerdelegitimation dann zu verneinen, wenn von vorneherein ausgeschlossen erscheint, dass die angehobene Kollokationsklage zur Anerkennung des Klägers als Konkursgläubigers führen könne. Dies trifft aber vorliegend mit hoher Wahrscheinlichkeit auf alle Beschwerdeführer zu, da sie ihre Kollokationsklagen erst nach Beendigung der Kollokationsplanaufgabe, also verspätet, zur Beförderung an das zuständige Konkursgericht auf

die Post gegeben haben. Ja es sind eigentlich gar keine Kollokationsklagen angehoben worden, indem Klagen, welche nicht vor Ablauf der Kollokationsplanauflagefrist beim Konkursgericht eingebracht werden, überhaupt nicht als Kollokationsklagen qualifiziert zu werden verdienen.

Dass einzelne Beschwerdeführer als Bürgen zur Beschwerdeführung legitimiert seien, haben diese vor Bundesgericht nicht mehr geltend gemacht. Als Einzel-Aktionären der falliten Gesellschaft aber kann ihnen die Beschwerdelegitimation unmöglich zuerkannt werden.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Beide Rekurse werden begründet erklärt und das Obergericht des Kantons Zürich wird angewiesen, die Beschwerde ohne weiteren Verzug zu erledigen.

28. Entscheid vom 2. September 1927

i. S. Betreibungsamt Basel-Stadt.

Gebührentarif Art. 39: Tilgt der Ersteigerer eine bar zu bezahlende Pfandforderung auf andere Weise (SchKG 156, VZG Art. 47), so schuldet er dem Amte nicht die Inkassogebühr des Art. 36 Abs. 1.

A. — In den Grundpfandverwertungsbetreibungen gegen die Eheleute Neidecker-Sauter erwarb die Rekursgegnerin Frau Neidecker-Sauter an der zweiten Steigerung die Liegenschaften um 35,300 und 28,100 Fr., welche Summen zur Deckung von fälligen und daher nach den Steigerungsbedingungen bar zu bezahlenden Grundpfandforderungen verwendet werden mussten. Obwohl die Rekursgegnerin rechtzeitig Erklärungen der Pfandgläubiger über deren anderweitige Befriedigung vorlegte, belastete ihr das Betreibungsamt als Teil der Verwertungskosten die in Art. 36 des Gebührentarifes vorgesehenen Einzug- und Ablieferungsgebühren von

$1\frac{1}{2} \text{ ‰} = 52 \text{ Fr. } 95 \text{ Cts. und } 42 \text{ Fr. } 15 \text{ Cts.}$ Hiegegen führte die Rekursgegnerin Beschwerde.

B. — Durch Entscheid vom 9. August 1927 hat die Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt des Kantons Basel-Stadt die Beschwerde in dem Sinne gutgeheissen, dass an Stelle der berechneten Inkasso- und Verteilungsgebühren von 52 Fr. 95 Cts. und 42 Fr. 15 Cts. nur die Gebühr des Art. 39 GebT von je 2 Fr. pro Liegenschaft geschuldet sei.

C. — Diesen Entscheid hat das Betreibungsamt an das Bundesgericht weitergezogen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Der von der Vorinstanz zur Anwendung gebrachte Art. 39 des Gebührentarifes bestimmt: « Wird in der Betreibung auf Pfandverwertung der betreibende Pfandgläubiger in anderer Weise als durch Barzahlung seines Anteiles am Zuschlagspreis gedeckt (Bundesgesetz Art. 156), so bezieht das Amt für diese Feststellung eine Gebühr von 2 Fr. für jede Forderung. » Zu Unrecht versucht das beschwerdebeklagte Betreibungsamt, gegen die Anwendung dieses Art. 39 GebT den Unterschied zwischen Barzahlung und Überbindung der Grundpfandschulden auszuspielen, wie er in Art. 36 GebT folgendermassen zum Ausdruck gebracht wird: « Für den Einzug des Erlöses aus der Verwertung und die Ablieferung des Ergebnisses an einen Gläubiger beträgt die Gebühr, wenn der auf den Gläubiger entfallende Erlös ergibt: über 1000 Fr. $1\frac{1}{2} \text{ ‰}$. Bei der Grundpfandverwertung kann die Gebühr nur vom Barerlös, nicht von den überbundenen Beträgen berechnet werden. » Unverkennbar bezieht sich nämlich Art. 39 GebT, an dem das Betreibungsamt achtlos vorbeigeht, als ob er gar nicht bestünde, überhaupt nicht auf Grundpfandschulden, welche dem Ersteigerer überbunden werden, sondern ausschliesslich auf den bar zu bezahlenden