

weitgehend bezeichnet werden. Gewiß ist bei Prüfung dessen, was für ihn erkennbar war, Rücksicht zu nehmen auf sein Erkenntnisvermögen, und es ist ein älterer Müller, wie es Bosphard ist, anders zu behandeln wie ein routinierter Geschäftsmann. Allein hier handelt es sich gerade nicht um Verhältnisse, die nur dem Geschäftskundigen erkenntlich waren, sondern im wesentlichen um den Verdacht eines verbrecherischen Verhaltens des Kägi, der sich dem vorsichtigen Bauersmann mindestens ebenso aufdrängt, wie irgend einem andern. Bosphard führte zur Rechtfertigung in seiner persönlichen Befragung nur an, er habe bei der Empfangnahme der Briefe geglaubt, Kägi wolle damit „blaguiieren“; das widerspricht aber sehr der Aussage seiner Frau, nach welcher Kägi die Übergabe mit den Worten begründete, Bosphard solle nicht zu Schaden kommen. Ebenso wertlos ist der Hinweis darauf, daß Kläger Bosphard geglaubt habe, die Amtsbürgschaftsgenossenschaft habe ein solches Pfandrecht verlangt und darum habe Kägi auch den frühern Bürgen ein vorgehendes Pfandrecht bestellen wollen. Abgesehen davon, daß auch dieses Motiv bei der Übergabe der Pfänder nicht zum Ausdruck kam, könnte es auch den guten Glauben des Bosphard keineswegs begründen, denn wenn er auch glaubte, die Bürgschaftsgenossenschaft verlange die Pfänder, so konnte das vorgehende Pfandrecht der Kläger trotzdem nur einen Sinn haben, wenn eine Amtspflichtverletzung in diesem Betrage schon vorhanden war. Ob das im Faustpfandvertrag vorgesehene nachgehende Pfandrecht der Amtsbürgschaftsgenossenschaft zu stande kam, ist in einem besonderen Prozesse zwischen dieser Genossenschaft und der Beklagten streitig. Eine Anzeige an die Genossenschaft vom Pfandbesitz erfolgte jedenfalls seitens der Kläger nicht. Daß diese Unterlassung der Anzeige ein weiteres Verdachtsmoment zu Lasten der Kläger ergebe, wie die Beklagte vor erster Instanz ausführte, ist dagegen nicht zu ersehen.

b) Mit Bezug auf den Kläger Keller gelten alle aus der Natur der Pfandbestellung und der Amtsbürgschaft sich ergebenden oben entwickelten Verdachtsgründe in gleicher Weise. Dazu fällt für ihn in Betracht, daß er die Sicherstellung nach der Wiederwahl Kägis im Frühjahr 1900 — bei der sich eine heftige Opposition geltend gemacht hatte, wobei dem Kägi namentlich auch seine Spekulation und eine ihm im Jahre 1899 vom Ober-

gericht des Kantons Zürich erteilte Ordnungsbuße vorgehalten wurden — verlangte, weil seine Schwiegermutter, die Kägis ökonomische Verhältnisse kannte, darauf drängte, und weil er seit der angedeuteten Wahlagitation gegen Kägi unruhig geworden war; ferner, daß er als Nachbar des Kägi von dessen persönlichen und ökonomischen Verhältnissen, — Spekulationen, Ordnungsbuße, Aufwand, zc. — Kenntnis hatte, wie er denn selbst zugestanden hat, daß in seiner Wirtschaft hie und da verhandelt wurde, „es nehme einem nur Wunder, wie es der Notar so treiben könne bei seiner Besoldung.“ Mit Bezug auf diesen Kläger unterliegt daher die Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht keinen Bedenken. Ob Bosphard vertraglich oder gesetzlich (auf Grund von Art. 511 OR) verpflichtet war, dem Keller Pfand zu bestellen, ist gleichgültig, da auch, wenn dies der Fall war, eine Anfechtung des Pfandrechts gemäß Art. 288 SchKG zulässig ist (vergl. Urteil des Bundesgerichts i. S. Herzog gegen Buholzer, Amtl. Samml., Bd. XXIII, S. 341).

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung beider Kläger wird abgewiesen, und es ist somit das Urteil („Beschluss“) der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Dezember 1903 in allen Teilen bestätigt.

### 23. Urteil vom 26. März 1904 in Sachen Allgemeine Gewerbekasse Gloten, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Erb, Bevl. u. Ber.-Bevl.

*Zulässigkeit der Berufung: Letztinstanzliches kantonales Haupturteil Art. 58 OG. — Schadenersatzpflicht des Liegenschaftenersteigerers nach Art. 143 Abs. 2 SchKG. Zahlungsverzug des Ersteigerers; eidgenössisches und kantonales Recht.*

A. Durch Urteil vom 12. Oktober 1903 hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich erkannt:

Das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts vom 31. März 1903 wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrage: In Aufhebung des angefochtenen Urteils sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin als Schadenersatz 9367 Fr. 67 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 1. August 1900 zu bezahlen.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter der Klägerin diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter des Beklagten beantragt, auf die Berufung sei nicht einzutreten, eventuell sei dieselbe als unbegründet abzuweisen, ganz eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Abnahme der vom Beklagten in seiner Berufung gegen das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. März 1903 angetragenen Beweise.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin war im Besitze einer Schuldbriefforderung von 9750 Fr., die auf der Liegenschaft eines Th. Dietrich-Erb in Seebach grundversichert war. Sie erhob für diese Forderung im Jahre 1899 Betreibung auf Pfandverwertung. Laut den am 24. März 1900 vom Betreibungsbeamten von Seebach, Gemeindevorsteher Ab. Gohweiler, aufgestellten Lastenverzeichnis ging der Forderung der Klägerin vor — außer einer I. Hypothek der Hypothekarbank Winterthur von 40,000 Fr. — eine Schuldbriefforderung des J. Seiferle von 15,000 Fr. Kapital, „à 4 1/2 % laufender Zins? von wann“; es folgte ihr nach eine Schuldbriefforderung des Beklagten Erb (des Schwagers des Pfandschuldners) von 8450 Fr. an Kapital nebst Zinsen. Bei der Versteigerung vom 6. April 1900 wurde die Liegenschaft dem Beklagten Erb um 68,500 Fr. zugeschlagen, womit die Forderung der Klägerin vollständig gedeckt worden wäre. Nach den Steigerungsbedingungen waren vom Käufer auf Abrechnung an der Kaufsumme die verfallenen Kapitalien, — worunter dasjenige der Klägerin, — Kapitalzinse und Kosten, Provision u. s. w., bar zu bezahlen. Bei dieser Versteigerung verlangte der anwesende Vertreter des J. Seiferle, Rechtsagent Fr. Martin, daß zu seiner Forderung im Lastenverzeichnis ein verfallener Jahreszins von 675 Fr. eingesetzt werde, und Seiferle selbst hielt am Tage nach der Versteigerung, nachdem der Betreibungsbeamte Gohweiler

diesem Begehren nicht nachgekommen war, daran fest. Der Betreibungsbeamte trat insolgedessen mit dem Beklagten in Unterhandlungen. Am 14. April 1900 schrieb er diesem, er gedenke die notarielle Fertigung auf den 19. April zu vertagen, und fügte bei: „Sodann muß ich Ihnen bemerken, daß wir den Jahreszins von J. Seiferle à 4 1/2 % von 15,000 Fr. jedenfalls bezahlen müssen, da er im Lastenverzeichnis angeführt, aber die Zahl nicht genau angegeben werden konnte, es übrigens auch keine richtige Handlung wäre. Ersuche Sie, mit den nötigen Mitteln zu erscheinen.“ Der damalige Anwalt des Beklagten, Rechtsanwalt Dr. M., antwortete am 26. April, der Beklagte sei jederzeit zur Fertigung bereit, jedoch nur auf Grundlage der Gantbedingungen, „wie sie speziell auch von Ihnen an der Gant erörtert wurden. Wir können uns daher niemals damit einverstanden erklären, den bewußten Zins an Hrn. Seiferle zu bezahlen. Es hat letzterer auch keine diesbezügliche Berechtigung, weil er eine Anmeldung im Sinne von Art. 138 Ziff. 3 SchKG nicht gemacht hat und der Zins aus dem Grundprotokoll nicht ersichtlich ist. Dem entspricht auch das Lastenverzeichnis, bei welchem der Zins gar nicht figurirt . . . Sollten Sie die Fertigung nicht gemäß diesen Ausführungen vornehmen, so würden wir uns als vom Angebote entbunden betrachten und zurücktreten, Schadenersatzanspruch uns vorbehaltend . . .“ Am 7. Mai 1900, nachdem, wie die Vorinstanz sagt, jedenfalls irgend eine mündliche Besprechung vorausgegangen war, schrieb Dr. M. dem Betreibungsbeamten, der Beklagte beharre auf seinem Standpunkt. Am 25. Juni 1900 zeigte der Betreibungsbeamte dem Beklagten an, daß die notarielle Fertigung am 30. Juni stattfinde, zu der er zum zweiten Mal geladen werde; „sollten Sie an dieser wieder nicht erscheinen, so wird unverzüglich eine zweite Gant angeordnet, Sie jedoch für Mindererlös behaftet.“ — Darauf antwortete Dr. M. am 28. Juni, daß sein Klient an seinem Standpunkte festhalte und demnach eine Fertigung nur dann vornehmen werde, wenn er den bewußten Zins an Seiferle weder bezahlen noch als Schuld übernehmen müsse, — worauf der Betreibungsbeamte am 27. gl. Monats schrieb, er müsse auf seinem Schreiben (vom 25. Juni) beharren. Am gleichen Tage

gab alsdann Dr. M. namens des Beklagten dem Betreibungsbeamten die Erklärung ab, dieser halte an seinem frühern Standpunkt fest und werde deshalb, „weil zwecklos“, am 30. Juni nicht zur Fertigung erscheinen. Der Betreibungsbeamte setzte hierauf eine zweite Gant auf den 3. August 1900 an. Bei dieser erzielte die Liegenschaft nur ein Höchstangebot von 59,500 Fr.

2. Die Klägerin erhob infolge dieser Vorgänge zunächst Klage gegen den Betreibungsbeamten Gokweiler auf Deckung ihres gesamten Schadens, den sie auf 9750 Fr. Kapital, 259 Fr. 60 Cts. Zins zu  $4\frac{1}{2}\%$  vom 1. Januar bis 3. August 1899 und Zins zu  $5\%$  von da an, sowie 14 Fr. Kosten bezifferte. Mit dieser Klage wurde sie in allen Instanzen abgewiesen, letztinstanzlich durch Urteil des Bundesgerichts vom 18. Juni 1902 (Amtl. Samml., Bd. XXVIII, 2. Teil, Nr. 38, S. 313 ff. \*), im wesentlichen gestützt darauf, daß die Vorinstanz, die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich, erklärt hatte, der Beklagte sei ungerechtfertigterweise vom Steigerungskaufe zurückgetreten, und das Bundesgericht an diese Entscheidung, weil sie auf kantonalem Recht beruhe, gebunden sei. Mit der vorliegenden Klage hat alsdann die Klägerin Schadenersatzklage gegen den Ersteigerer Erb, gestützt auf Art. 143 Abs. 2 SchRG erhoben, wobei sie ihre Schadenersatzforderung nunmehr auf den aus Fakt. B ersichtlichen Betrag, der ihr von der I. und II. kantonalen Instanz zugesprochen wurde, beziffert. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat in seinem die Kassationsbeschwerde des Beklagten guthießenden, die Klage abweisenden Urteile ausgeführt, die Argumentation des obergerichtlichen Urteils: der Beklagte sei vom Vertrage zurückgetreten, sei offenbar aktienwidrig. Der Beklagte sei berechtigt gewesen, die Fertigung abzulehnen, indem der Betreibungsbeamte den Gantvertrag vorher einseitig aufgelöst habe durch die Zumutung, einen im Lastenverzeichnis nicht aufgeführten verfallenen Zins zu Gunsten von Seiserle zu decken.

3. Die Berufung an das Bundesgericht gegen diesen Entscheid des Kassationsgerichts ist zulässig, da das Kassationsgericht nicht

nur über die Begründetheit der Kassationsbeschwerde, sondern in der Sache selbst entschieden hat, sein Urteil somit als das letztinstanzliche kantonale Haupturteil anzusehen ist, und darauf, daß das Kassationsgericht nicht ordentliche letzte Instanz ist, unter diesen Umständen nichts ankommen kann. Und daß endlich das Kassationsgericht sich nur kompetent erklärt hat, weil und soweit die Streitfache nach kantonalem Recht zu entscheiden sei, hindert die Zulässigkeit der Berufung nach Art. 56 OG nicht. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch wird, was seine rechtliche Grundlage anbetrifft, aus einem eidgenössischen Gesetze, nämlich aus Art. 143 Abs. 2 SchRG, hergeleitet; das Bundesgericht ist daher kompetent, auf die Berufung einzutreten. Inwieweit diese Kompetenz zur materiellen Entscheidung durch Präjudizialfragen des kantonalen Rechts eingeschränkt ist, wird sich bei Erörterung der Sache selbst ergeben.

4. Mit der vor zweiter Instanz in erster Linie erhobenen Einrede der mangelnden Aktivlegitimation der Klägerin ist der Beklagte dadurch nicht ausgeschlossen, daß er diese Einrede zum Gegenstand einer Kassationsbeschwerde gemacht hat und diese vom Kassationsgericht unbegründet gefunden wurde. Nachdem das Kassationsgericht das angefochtene Urteil kassiert und in der Sache selbst materiell entschieden hat, muß der Beklagte mit seinen auf eidgenössisches Recht abstellenden Einreden vor Bundesgericht ebensogut gehört werden, wie wenn der heute angefochtene Entscheid bereits von der Appellationskammer gefällt und dagegen Berufung ergriffen worden wäre. Dagegen kann aus dem Grunde auf jene Einrede nicht eingetreten werden, weil sie aus prozessualen und daher vom Bundesgericht nicht zu überprüfenden Gründen abgewiesen worden ist, nämlich einmal deshalb, weil der Beklagte in der Hauptverhandlung vor erster Instanz die Aktivlegitimation der Klägerin ausdrücklich anerkannt und weiter deshalb, weil die Klägerin ihre Aktivlegitimation durch eine ihr vom Betreibungsamt Seebach erteilte Anweisung dargetan hat und die Frage, ob diese Urkunde rechtzeitig vorgebracht und zu berücksichtigen war, ausschließlich vom kantonalen Prozeßrecht beherrscht wird.

5. In der Sache selbst ist zunächst zu bemerken, daß der Umstand, daß die heute streitige Rechtsfrage: ob der Beklagte Erb

\* Sep.-Ausg., Bd. V, Nr. 39, S. 145 ff.

gemäß Art. 143 SchRG wegen Nichterfüllung des Gantkaufes vom 6. April 1900 grundsätzlich schadenersatzpflichtig sei, schon in den im Prozesse der heutigen Klägerin gegen den Betreibungsbeamten Gofweiler ergangenen Urteilen — speziell auch im Urteile des Bundesgerichts vom 18. Juni 1902, Erw. 4 ff. — beantwortet worden ist, eine neue selbständige Beurteilung im heutigen Prozesse nicht hindert; denn in jenem Prozesse kam diese Frage nur als Motiv in Betracht, und sie konnte dort nicht rechtskräftig entschieden werden gegenüber dem heutigen Beklagten, wie dies auch das bundesgerichtliche Urteil selbst in Erwägung 4 i. f. ausspricht.

6. Die in Art. 143 Abs. 2 SchRG normierte Haftung des Ersteigerers tritt ein, wenn er die Abhaltung einer neuen Steigerung dadurch verschuldet hat, daß er die Zahlung, zu der ihn sein Gantkauf verpflichtete, nicht rechtzeitig geleistet hat; denn alsdann ist der Betreibungsbeamte nach Abs. 1 eod. nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, eine neue Steigerung anzuordnen. (Vgl. Urteil i. S. gegen Gofweiler, Erw. 3.) Eine weitere Voraussetzung für die Schadenersatzklage aus Art. 143 Abs. 2 leg. cit. besteht nicht; insbesondere setzt diese Bestimmung nicht voraus, daß die Übertragung der Liegenschaft auf den Ersteigerer bereits stattgefunden habe, sondern begreift sowohl diesen, als den andern Fall in sich, wo, wie hier, nach dem kantonalen Recht ein gleichzeitiger Übergang des Eigentums zugleich mit dem Zuschlag nicht stattfand. (Vgl. Erw. 2 des Urteils des Bundesgerichts vom 19. November 1902 i. S. Spieth gegen Leihkasse Enge, Amtl. Samml., Bd. XXVIII, 2. Teil, S. 584, Erw. 2\*, wo für diesen Fall eine analoge Anwendung des Art. 143 Abs. 2 angenommen wird.) Die grundsätzliche Entscheidung über die vorliegende Klage hängt also davon ab, ob sich der Beklagte im Zahlungsverzuge im Sinne des Art. 143 leg. cit. befunden und dadurch die Anordnung einer neuen Steigerung verursacht habe. Im Zahlungsverzuge befand er sich auch, wenn er im Annahmeverzug war, d. h. die vom Betreibungsamt ordnungs- (vertrags-) mäßig angebotene Übertragung des Eigentums grundlos ablehnte,

\* Sep.-Ausg., Bd. V, S. 300.

oder wenn er unberechtigterweise den Rücktritt vom Gantkauf erklärte.

7. Bei dieser Frage: ob der Beklagte sich im Zahlungsverzuge befunden habe, erhebt sich nun vorab die weitere, inwiefern für deren Entscheidung das eidgenössische und nicht das kantonale Recht maßgebend sei. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen der heutigen Klägerin gegen Gofweiler, in Erwägung 5, festgestellt, daß nach der Praxis der Bundesbehörden durch den Zuschlag bei der Zwangsverwertung ein Kaufvertrag zu Stande komme, der sich hinsichtlich der Gültigkeit und der rechtlichen Wirkungen, soweit nicht das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs modifizierend eingreife, nach den gewöhnlichen Regeln des Privatrechts beurteile, mit Bezug auf Liegenschaften also dem kantonalen Recht unterstehe; nach letzterem beurteile sich also im allgemeinen, d. h. soweit sich nicht aus dem eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetz Abweichungen ergeben, auch die Frage der Gültigkeit und der rechtlichen Wirkungen einer öffentlichen Liegenschaftssteigerung, die in einer nach eidgenössischem Recht vorgenommenen Zwangsversteigerung vorgenommen worden sei. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich geht im angefochtenen Urteil noch weiter und stellt den Satz auf, nur die Art und Weise, wie bei der Versteigerung zu verfahren sei, werde durch das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs geregelt, alle andern, den Kauf beschlagenden Verhältnisse, bezüglich der Frage, welche Rechte und Pflichten sich aus dem Kaufvertrage ergeben, regle das kantonale Recht. Daß der Satz in dieser Allgemeinheit zu weit geht, zeigen die Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, insbesondere Art. 136, 137 und 143, welche sich augenscheinlich mit der Regelung der Rechte und Pflichten befassen, die sich aus dem Gantkauf ergeben. Aber auch der vom Bundesgericht in seinem Urteil in Sachen Gofweiler aufgestellte Satz läßt der Anwendung des kantonalen Rechtes mit Bezug auf den Gantkauf von Liegenschaften zu viel Raum: zum mindesten eine ganze Reihe von Fragen der Wirkungen des Gantkaufes werden vom eidgenössischen Recht geregelt, das seinerseits in Art. 136 Abs. 2 einen Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechtes mit Bezug auf die Form des Eigen-

tumsübergangs enthält. Speziell die heute streitige Frage des Bezuges des Gantkäufers (Ersteigerers) ist ausdrücklich nach Art. 143 SchRG zu beurteilen; als ergänzendes Recht für diese vom eidgenössischen Recht beherrschte Frage ist, da ein Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts fehlt, das eidgenössische Recht heranzuziehen. Eine Betrachtung des Gesetzes ergibt, daß in Betreff des Inhaltes und der Wirkungen des Gantkaufes überall, sei es auf ausdrückliche Normierung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, sei es auf den Zusammenhang desselben und die Zwecke der Exekution, deren Bestandteil der Gantkauf bildet, Rücksicht zu nehmen ist, und daher das hier herrschende Recht das eidgenössische Recht sein muß. Die hier entscheidende Frage: ob der Beklagte dafür einzustehen habe, daß die ihm obliegende Zahlung nicht rechtzeitig erfolgte, ist daher vom Bundesgericht selbständig zu prüfen. Es handelt sich hiebei um eine Wirkung des Gantkaufes, um die Verpflichtungen, die der Gantkauf dem Ersteigerer auferlegt, also um eine Frage, die nach dem gefagten in Anwendung des Betreibungsgesetzes zu entscheiden ist.

8. Die Appellationskammer ist nun in ihrem Urteil davon ausgegangen, es komme einfach darauf an, ob der Beklagte berechtigt gewesen sei, auf die vom Betreibungsbeamten erhobene Präntention betreffend Zahlung des Zinses Seiserle hin vom Vertrage zurückzutreten, und sie hat diese Frage verneint, mit der Erwägung, daß ein Rücktrittsrecht im Sinne des Art. 122 OR für den Beklagten nur so habe begründet werden können, daß er seinerseits die Vorladung des Verkäufers zur kanzleiischen Fertigung, mit der Androhung des Rücktrittes, veranlaßte. Allein dieser Frage des Rücktrittes vorgängig ist die andere Frage zu beantworten, ob in der Weigerung des Beklagten, dem Begehren des Betreibungsbeamten auf Zahlung des Zinses Seiserle zu entsprechen, überhaupt ein Rücktritt vom Vertrage liege. Nun stellt das Kassationsgericht tatsächlich, in nicht alterwidriger Weise, fest, daß der Beklagte ausdrücklich den Rücktritt nie erklärt hat; er hat einzig erklärt, zu den Bedingungen, die ihm der Betreibungsbeamte stellte, nicht fertigen zu wollen, und es kann sich deshalb nur fragen, ob in dieser letztern Erklärung virtuell ein Rücktritt

vom Gantkaufe zu erblicken sei, trotz der Tatsache, daß sie in der ausgesprochenen Meinung abgegeben wurde, daß der Beklagte vom Kauf, so wie er ihn verstehe, d. h. entsprechend den Gantbedingungen, nicht abgehen wolle. Das könnte nur bejaht werden, wenn die Auffassung des Beklagten über den Inhalt der Gantbedingungen falsch gewesen wäre, oder wenn der Betreibungsbeamte berechtigt gewesen wäre, nachträglich über die Gantbedingungen hinauszugehen. Mit Bezug auf den ersten Punkt, der den Inhalt des Steigerungskaufes betrifft, und somit nach eidgenössischem Recht zu entscheiden ist, ergibt sich, daß nach den Steigerungsbedingungen dem Ersteigerer von der Forderung des Seiserle außer dem Kapitalbetrag nicht mehr als ein laufender, nicht ein verfallener Zins überbunden war. Daß es sich hiebei nicht um einen Nebenpunkt im Sinne des Art. 2 OR handelte, ist vom Kassationsgericht mit Recht ausgeführt worden, und daß die Weigerung des Beklagten auf bloßer Chikane beruht habe, kann nicht angenommen werden, da nach richtiger Berechnung dann, wenn bloß ein laufender Zins des Seiserle zu bezahlen war, ein Teil des Kaufpreises auf die eigene Hypothek des Beklagten fiel und sich deshalb tatsächlich der von ihm auszulegende Kaufpreis um diesen Preis verminderte. Daraus ergibt sich auch schon die Beantwortung des zweiten Punktes: Die Präntention des Betreibungsbeamten war unberechtigt, das Angebot wurde dem Beklagten nicht in vertragsmäßiger Weise gemacht. Der Beklagte konnte daher zur Annahme dieses abgeänderten Angebotes nicht gezwungen werden, und die nicht rechtzeitige Zahlung des Kaufpreises fällt demnach nicht ihm, sondern dem Betreibungsbeamten zur Last, so daß seine Verantwortlichkeit nach Art. 143 Abs. 2 SchRG nicht begründet worden und die Klage abzuweisen ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 12. Oktober 1903 in allen Theilen bestätigt.