

kömmlichkeiten schafft, wie namentlich die erste Instanz zutreffend hervorgehoben hat. Allein gegenüber dem Wortlaute und Geiste des Gesetzes vermögen diese praktischen Bedenken nicht durchzuschlagen.

4. Beruht sonach das angefochtene Urteil auf einer Verletzung des Bundesrechts, indem es das fragliche Eisenbahnabonnement nicht als „Bundesakte“ im Sinne des Art. 61 BStR angesehen und aus diesem Grunde diese Strafbestimmung nicht zur Anwendung gebracht hat, so ist es im Sinne des Art. 172 DG aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach hat der Kassationshof  
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird begründet erklärt, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 30. April 1906 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an dieses Gericht zurückgewiesen.

## C. Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.

### Arrêts de la Chambre des poursuites et des faillites.

#### 80. *Entscheid* vom 3. Juli 1906 in Sachen *Bahn*.

*Anfechtung von Wahlen und Beschlüssen der ersten Gläubigerversammlung, Art. 239 SchKG. Statthaftigkeit der Beschwerde gegen Zulassung oder Nichtzulassung eines angeblichen Gläubigers. Art. 17; 235 Abs. 2 SchKG. — Endgültige Entscheidungsbefugnis des Bundesgerichts, oder Rückweisung, wenn die Vorinstanz die Beschwerdegründe nur teilweise geprüft hat und dadurch zur Gutheissung der Beschwerde gelangt ist, das Bundesgericht als Rekursinstanz aber die von der Vorinstanz gutgeheissenen Beschwerdegründe für unstichhaltig ansieht? Vertretung von Gläubigergruppen im Gläubigerausschuss. — Kompetenz der ersten Gläubigerversammlung, den freihändigen Verkauf von Aktiven zu beschliessen. Art. 238; 256 Abs. 1 SchKG.*

I. In dem vom Konkursamt Baselstadt geführten Konkurse des Karl Schmutz fand am 22. Mai 1906 die erste Gläubigerversammlung statt. Anwesend oder vertreten waren 13 Gläubiger, die sich in zwei Interessengruppen schieben. Der einen gehörten 7 Gläubiger an, nämlich: der Rekurrent *Bahn* (vertreten durch Advokat *Houlet*), *Karl Fr. Fleischer* (vertreten durch Dr. *Röhr*), *Hedle, Büchler & Cie*, die Kantonalbank *Neuenburg*, Advokat *Guinand* und *Stenger*; der andern Interessengruppe die 6 Gläu-

biger Dr. Kunz, Dr. Fierz (vertreten durch Dr. Kunz), Marie Schaffner, Lina Schmutz, F. Spinnler und Handwerkerbank Basel. Das Bureau wurde aus dem Konkursbeamten Dr. Stüdelberg als Vorsitzenden und Dr. Kunz und Dr. Knörr als Beisitzern bestellt. Die 13 Gläubiger wurden sämtliche zugelassen und die Versammlung als beschlußfähig erklärt. Gegen die durch Stichtentscheid des Vorsitzenden erfolgte Zulassung des Rekurrenten Zahn gab Dr. Kunz einen Protest zu Protokoll, da Zahn nicht Gläubiger, sondern Schuldner des Kreditaren sei. Dem Konkursamt wurde ein Gläubigerausschuß von zwei Mitgliedern beigegeben und als solche — entgegen dem Vorschlage des Konkursbeamten, jede der beiden Interessengruppen zu berücksichtigen — die der Gruppe Zahn angehörenden Advokat Guinand und Dr. Knörr gewählt mit 7 Stimmen diese Gruppe gegen die 6 der andern. Unter gleichem Stimmenverhältnisse kam ferner ein Beschluß dahin zu Stande, das Konkursamt und der Gläubigerausschuß seien zum freihändigen Verkauf der Aktiven ermächtigt. Auch gegen diesen Beschluß protestierte Dr. Kunz zu Protokoll.

II. Sodann erhoben er und die übrigen Gläubiger seiner Gruppe Beschwerde mit den Begehren, die Beschlüsse und Wahlen der Gläubigerversammlung vom 22. Mai 1906 aufzuheben, eventuell sie in dem Sinne zu modifizieren, daß beide Parteien im Gläubigerausschuß gleichmäßig vertreten seien. Als Beschwerdegründe wurden geltend gemacht: Zahn hätte nicht als Gläubiger zugelassen werden sollen, da seinem Guthaben an den Gemein-schuldner eine Schuld von höherem Betrage gegenüberstehe. Ferner seien die Kantonalbank Neuenburg, Advokat Guinand und Stenger effektiv nicht drei, sondern nur ein Gläubiger: denn die Bank habe erst nach Konkursausbruch die bisher ihr gehörenden zwei Aktepte, auf die Guinand und Stenger nunmehr ihre Gläubigereigenschaft stützen, an diese weitergeben und zwar nur um dadurch zwei Stimmen mehr in die Gruppe Zahn zu bringen. Sodann hätte auch Fleischer nicht als Gläubiger zugelassen werden sollen, da er ebenfalls in höherem Betrage Schuldner als Gläubiger des Kreditaren war. Zudem ständen auch die übrigen Gläubiger der gegnerischen Gruppe im Interessentkreis Zahns, der mit diesen ohne gültige Mehrheit zu Stande gebrachten Wahlen und

Beschlüssen dahin tendiere, die Masse einseitig zu seinem Vorteil zu liquidieren und damit die Gruppe der Rekurrenten in unzulässiger Weise zu schädigen.

Der Rekurrent Zahn beantragte Abweisung der Beschwerde unter Bestreitung der geltend gemachten Beschwerdebegründe. Das Konkursamt erklärte in seiner Bernehmlassung folgendes: Es habe deshalb durch seinen Stichtentscheid für Zulassung Zahns den Ausschlag gegeben, weil dieser in der vom Gemeinschuldner am 8. Mai 1906 aufgestellten Bilanz als Gläubiger figuriere. Ob Guinand und Stenger erst nach dem Konkursausbruche durch Indossierung Gläubiger geworden seien, wisse es nicht. Fleischer dagegen sei, da ihn die Bilanz als Schuldner und als Gläubiger aufführe, irrtümlich eingeladen und zugelassen worden.

III. Unterm 9. Juni 1906 entschied die kantonale Aufsichtsbehörde: die sämtlichen Beschlüsse und Wahlen der Gläubigerversammlung vom 22. Mai 1906 seien als nichtig aufgehoben und das Konkursamt angewiesen, eine neue erste Gläubigerversammlung einzuberufen. Der Entscheid geht, gestützt auf die Bernehmlassung des Konkursamtes, davon aus, daß Fleischer nicht hätte zugelassen werden dürfen, und daß ohne seine Zulassung die angefochtenen Mehrheitsbeschlüsse und Wahlen nicht hätten zu Stande kommen können. Auf eine Prüfung der andern Beschwerdebegründe tritt er als unnötig nicht ein.

IV. Diesen Entscheid hat F. Zahn rechtzeitig an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrage, die Beschlüsse und Wahlen der Gläubigerversammlung vom 22. Mai als zu Recht bestehend anzuerkennen. Der Rekurrent führt des längern aus, daß seine Legitimation als Konkursgläubiger und diejenige Fleischers, Guinands und Stengers zu Unrecht im jetzigen Beschwerdeverfahren bestritten werde und bemerkt, daß in der Gläubigerversammlung selbst nur seine eigene, nicht die der andern in Frage gezogen worden sei.

Die Beschwerdeführer Dr. Kunz und Konforten beantragen, den Rekurs abzuweisen, eventuell ihrer Gruppe im Gläubigerausschuße die gleiche Vertretung einzuräumen wie der Gruppe Zahn. Dabei bemerken sie, daß Guinand und Stenger zu der Versammlung nur zugelassen worden seien, weil ihre Indossamente zu

stimmen schienen und daß Fleischer unbeanstandet geblieben sei, weil noch keine Abrechnung vorgelegen habe.

V. Die kantonale Aufsichtsbehörde hat auf Ansuchen des Instruktionsrichters hin festgestellt, daß Fleischer eine Einladung zur Gläubigerversammlung erhalten hatte.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Die vom Gesetze nicht ausdrücklich geregelte Frage, ob gegen die Zulassung oder Nichtzulassung eines (angeblichen) Gläubigers zur ersten Gläubigerversammlung ein Beschwerderecht überhaupt gegeben sei, ist grundsätzlich zu bejahen. Denn die Zulassung oder Nichtzulassung hat die Natur einer Verfügung nach Art. 17 SchRG und wirkt nach Art einer solchen auf die Rechtsstellung der Beteiligten ein, und zwar auch soweit sie nicht vom Konkursbeamten allein, sondern von ihm unter Mitwirkung der beiden in das Bureau gewählten Gläubiger angeordnet wird. Auch Gründe praktischer Natur, namentlich das Interesse an einem genügenden Rechtsschutz der Beteiligten und an einer gleichmäßigen Anwendung des Gesetzes in dieser Materie, sprechen für die Statthaftigkeit des Beschwerdeweges. Immerhin kann dies nur mit der Beschränkung gelten, daß derjenige, der seine Nichtzulassung zur Versammlung oder die Zulassung eines andern durch Beschwerde anfechten will, die ihm nachteilige Verfügung, soweit an ihm liegt, zu verhindern versucht haben muß. Es geht nicht an, daß der spätere Beschwerdeführer während der Zeit, da über die Zulassung oder Nichtzulassung verhandelt werden kann, sich passiv verhält, um dann nachher nicht nur die daraufhin getroffene Verfügung selbst, sondern die Gläubigerbeschlüsse, deren Gültigkeit von ihrem Bestande abhängen, zu Fall zu bringen. Damit würde in das Institut der Gläubigerversammlung ein Element der Hemmung und Unsicherheit des Verfahrens eingeführt, das mit seinem gesetzlichen Zwecke sich nicht verträgt.

Geht man hiervon aus, so hat die Vorinstanz zwar mit Recht die Beschwerde (— die sich gegen die Zulassung des Rekurrenten Zahn, des Fleischers, des Advokaten Guinand und des Stenger zur Gläubigerversammlung vom 22. Mai richtete und gestützt hierauf Aufhebung der Wahlen und Beschlüsse der Versammlung

mangels einer gültigen Mehrheit verlangte —) als in ihre Zuständigkeit fallend angesehen. Mit Unrecht dagegen ist sie in der Weise zur Gutheißung der Beschwerde gelangt, daß sie — unter Beiseitelassung der übrigen Beschwerdebegründe — materiell geprüft hat, ob Fleischer wirklich Anspruch auf Zulassung zur Versammlung gehabt habe oder nicht: Falls sich gegen die Zulassung Fleischers etwas hatte einwenden lassen, so wäre es Sache der (nachherigen) Beschwerdeführer gewesen, dies vor der Zulassung geltend zu machen und darauf zu dringen, daß nicht ein Unberechtigter bei den Verhandlungen mitwirke. Sie hatten einerseits das Recht, von Fleischer Auskunft darüber zu verlangen, worauf er seinen Anspruch auf Zulassung stütze, und vom Bureau Auskunft darüber, ob und warum es diesen Anspruch für begründet halte. Andererseits aber mußten sie von diesem Rechte Gebrauch machen, ihre Gegengründe anbringen und auf Nichtzulassung antragen, ansonst angenommen werden durfte, daß sie die verfügte Zulassung Fleischers gelten lassen. Daß sie aber irgendwie derart opponiert hätten, behaupten sie selbst nicht; und es wird das übrigens dadurch widerlegt, daß das Protokoll lediglich von einem Proteste gegen die Zulassung Zahns spricht.

Selbst wenn übrigens die Vorinstanz den nachträglichen, durch Beschwerde erhobenen Widerspruch gegen die Zulassung Fleischers noch hätte berücksichtigen können, so wäre doch zu sagen, daß sie mit Unrecht auf eine Prüfung der materiellen Gründe, die gegen die Zulassung geltend gemacht wurden, sich eingelassen hat, da diese Gründe schon in der Gläubigerversammlung nicht mehr zu prüfen waren und Fleischer ohne weiteres kraft der an ihn ergangenen konkursamtlichen Einladung zur Versammlung zu dieser zugelassen werden mußte. Art. 235 Abs. 2 SchRG sieht nämlich ein Recht des Bureaus, über die Zulassung zu entscheiden (— und nur dem Bureau, nicht der ganzen Versammlung, kommt die Beurteilung solcher Anstände zu —), einzig vor in Beziehung auf „Personen, welche, ohne besonders eingeladen zu sein, an den Verhandlungen teilnehmen wollen.“ Daraus ergibt sich, daß die Teilnahmerechtigung von Personen, die eingeladen worden sind, in der Versammlung nicht mehr bestritten werden kann, sondern solche Personen durch die erhaltene Einladung ohne weiteres zur

Teilnahme legitimiert sind. In diesen Fällen geschieht die Prüfung der Gläubigerqualität, als einer Voraussetzung des Rechtes auf Zulassung (eine Prüfung, die natürlich nur einen provisorischen Charakter hat und das Recht des Betreffenden, im übrigen als Konkursgläubiger im Verfahren [Kollokation, zweite Gläubigerversammlung etc.] mitzuwirken, unberührt läßt), vor Abhaltung der Versammlung und durch das Konkursamt allein, bei Erlass der Einladungen (Art. 233): die Einladung enthält eine konkursamtliche Verfügung dahin, daß die Gläubigerqualität des Eingeladenen in genügender Weise feststehe, um ihm das Recht zur Teilnahme an der ersten Gläubigerversammlung zuzuerkennen. Ob nicht diese Verfügung ausnahmsweise noch einer nachträglichen Abänderung durch das Bureau der Versammlung zugänglich sei, z. B. im Falle einer Personenverwechslung oder bei nachheriger Änderung der Verhältnisse, braucht hier nicht erörtert zu werden; und ebensowenig, in welcher Weise sie der Anfechtung durch Beschwerde unterliegt. Entscheidend ist, daß Fleischer tatsächlich eine niemals und von keiner Seite beanstandete Einladung zur Versammlung vom 22. Mai 1906 erhalten hat und damit legitimiert war, an letzterer mitzuwirken.

2. Hiernach ist die Begründung, welche die Vorinstanz ihrem Entscheide gegeben hat, ungeeignet, diesen — die Verhandlungen der genannten Versammlung kassierenden — Entscheide zu rechtfertigen. Es fragt sich aber noch, ob die andern Beschwerdeanbringen, die die Vorinstanz nicht geprüft hat, dazu führen müssen, den Anträgen der Beschwerdeführer Dr. Kunz und Consorten ganz oder teilweise zu entsprechen. Nach bisheriger Praxis (vergl. z. B. US Sep.-Ausg. 4 Nr. 54 Erw. 2 S. 231 und dortige Zitate\*) kann das Bundesgericht dies direkt von sich aus, ohne Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, untersuchen und den Fall endgiltig entscheiden, sofern die Aktenlage es gestattet, was zu bejahen ist.

3. Die Einwendungen zunächst, die gegen die Zulassung noch anderer Gläubiger, nämlich der Gläubiger Zahn, Guinand und Stenger erhoben wurden, erledigen sich mit den Ausführungen,

die oben über die Zulassung Fleischers gemacht worden sind: Zahn, der in der Bilanz vom 8. Mai 1906 figuriert, hat unbestrittenermaßen vom Amte eine Einladung zur Gläubigerversammlung erhalten und war kraft dessen teilnahmeberechtigt. Die Zulassung Guinands und Stengers sodann kann deshalb nicht mehr im Beschwerdewege anfechtbar sein, weil die Beschwerdeführer sie — im Gegensatz zu derjenigen Zahns — ohne Widerspruch haben geschehen lassen.

Damit steht fest, daß die Mehrheit, welche die in Frage gezogenen Wahlen und Beschlüsse zustande brachte, durchwegs aus teilnahmeberechtigten Gläubigern sich zusammensetzte. Zu untersuchen bleibt noch, ob jene Wahlen und Beschlüsse sachlich an einem, ihre Kassation rechtfertigenden Mangel leiden.

4. Von den getroffenen Wahlen werden zunächst diejenigen des Dr. Knörr und des Dr. Kunz als Mitglieder des Bureaus (— bei denen beide Interessengruppen Berücksichtigung gefunden haben —) nicht angefochten. Was sodann die angefochtenen Wahlen des Dr. Knörr und des Advokaten Guinand als Mitglieder des Gläubigerausschusses anbetrifft, so lassen dieselben allerdings die Gruppe des Dr. Kunz ohne Vertretung. Allein die Gläubigerversammlung hat damit innerhalb den Schranken ihres Selbstverwaltungsrechtes gehandelt, so daß weder ein Beschwerderecht wegen Gesekwidrigkeit, noch auch ein solches — an die kantonale Instanz — wegen Unangemessenheit gegeben ist. Anders könnte es sich zwar verhalten, wenn zum vornherein mit Grund zu befürchten stünde, daß die in den Gläubigerausschuß Gewählten ihr Mandat nicht in gesetzlicher Weise als Vertreter der Gesamtgläubigerschaft ausüben, sondern zu unzulässiger Bevorteilung der Sonderinteressen ihrer Gruppe mißbrauchen würden. An einem genügenden Anhaltspunkte hiefür fehlt es aber in den Akten. Damit bleibt immerhin der Gruppe Dr. Kunz die Möglichkeit gewahrt, gegen eine allfällige mißbräuchliche Geschäftsführung des bestellten Gläubigerausschusses auf gutscheinende Art aufzutreten.

Von den gefaßten Beschlüssen sind zunächst die — vom Bureau ausgehenden —, welche die Zulassung der anwesenden Gläubiger und die Konstatation der Beschlußfähigkeit betreffen, bereits durch die frühern Ausführungen erledigt, so daß nur noch der — von

\* Ges.-Ausg. 27 I Nr. 113 S. 593.

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

der Gläubigerversammlung gefaßte — verbleibt, durch den das Konkursamt und der Gläubigerausschuß zum freihändigen Verkauf der Aktiven ermächtigt werden. Dieser Beschluß, gegen welchen Dr. Kunz schon an der Versammlung protestiert hat, erweist sich als gesetzwidrig und muß aufgehoben werden. Denn grundsätzlich ist die Verwertung von Massegut und namentlich des gesamten Massebestandes erst nach der zweiten Gläubigerversammlung statthaft und muß der Letztern vorbehalten bleiben, den Verwertungsmodus (Versteigerung, freihändiger Verkauf etc.) zu bestimmen (Art. 256 Abs. 1). Die erste Gläubigerversammlung dagegen hat eine solche Kompetenz nur ausnahmsweise, dann nämlich, wenn die Bestimmung des Verwertungsmodus und die Vornahme der Verwertung „keinen Aufschub duldet“ (Art. 238). Daß dem vorliegenden Falle so sei, ergibt sich nirgends aus den Akten; namentlich enthält das Protokoll über die Versammlung vom 22. Mai 1906 nichts darüber, daß jene gesetzliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des gefaßten Beschlusses vorhanden gewesen sei.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
erkannt:

Der Rekurs wird dahin als begründet erklärt, daß die Gläubigerversammlung vom 22. Mai 1906 als gültig abgehalten anzuerkennen ist und ihre Beschlüsse aufrecht bleiben mit Ausnahme der dem Konkursamt und dem Gläubigerausschuß erteilten Ermächtigung zum freihändigen Verkauf der Aktiven.

### 81. Arrêt du 3 juillet 1906, dans la cause Pfister.

Nullité d'une poursuite exercée par une personne inexistante. — Effets de l'inexactitude dans la dénomination du créancier poursuivant.

A. — Le 24 février 1906, sur réquisition de l'huissier Louis Métral, à Genève, comme représentant de la « C<sup>ie</sup> Parisienne de matériel hygiénique à eaux gazeuses », 52, Avenue Daumesnil, à Paris, l'office des poursuites de Genève a notifié

à Edouard Pfister, fabricant d'eaux gazeuses, Chemin Neuf, n° 4, aux Eaux-Vives (Genève), un commandement de payer la somme de 1263 fr. 80, avec intérêts au 5 % du 8 février 1901, et frais s'élevant à 22 fr. 95, cette créance étant indiquée comme résultant d'un jugement du Tribunal de première instance de Genève, du 19 février 1906, — poursuite n° 90 498.

Le débiteur n'ayant point fait opposition à ce commandement, la poursuite suivit son cours conformément aux réquisitions de la créancière, d'abord par l'exécution de la saisie à la date du 30 mars 1906, puis, — ce dont le débiteur fut informé par avis du 9 mai, — par la fixation de la vente au 16 dit.

Au reçu de cet avis de vente, le débiteur tenta d'obtenir du Préposé aux poursuites de Genève l'annulation de cette poursuite n° 90 498, en faisant valoir que la société indiquée comme créancière poursuivante dans les divers actes de cette poursuite n'aurait plus d'existence juridique depuis le 28 avril 1902, pour avoir à cette date substitué à son ancienne dénomination de « C<sup>ie</sup> Parisienne de matériel hygiénique à eaux gazeuses » celle de « C<sup>ie</sup> Parisienne des Applications Industrielles du Gaz Carbonique liquéfié ». Le 12 mai, le Préposé déclara ne pouvoir faire droit à cette demande.

B. — C'est en raison de cette décision de l'office, du 12 mai, en même temps qu'en raison de l'avis de vente du 9 mai, de la saisie du 30 mars et de la notification du commandement de payer du 24 février, que, par acte en date du 12/14 mai, Pfister a porté plainte contre l'office auprès de l'Autorité cantonale de surveillance, en concluant à ce qu'il plût à celle-ci annuler la décision et les actes de poursuite susrappelés, et « dire que la C<sup>ie</sup> poursuivante n'a pas la capacité civile pour exercer les dites poursuites, et la renvoyer à mieux agir. »

En substance, le plaignant invoquait la copie qu'il avait pu se procurer au Greffe du Tribunal de Commerce du Département de la Seine, du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire qu'avaient tenue, le 28 avril 1902, les action-