

auf Erzielung eines Betriebsgewinnes gerichtet. So wenig in einem solchen Fall die Pfandgläubiger Anspruch auf einen Einnahmenüberschuss erheben können, ebensowenig brauchen sie sich eine Belastung mit einem Ausgabenüberschuss gefallen zu lassen. Der Gewerbebetrieb geht vielmehr auf Rechnung der Kurrentmasse. Das hat auch dann zu gelten, wenn die Pfandgläubiger bei Schliessung des Betriebes mit einer Minderung des Wertes ihres Unterpfandes rechnen mussten und mit der Fortsetzung des Betriebes ausdrücklich einverstanden waren. Nur dann, wenn die Weiterführung des Gewerbes auf eigene Rechnung von der Masse abgelehnt und darauf von den Pfandgläubigern ausdrücklich im eigenen Interesse verlangt wurde, können sich die Pfandgläubiger der Übernahme eines allfälligen Ausgabenüberschusses nicht entziehen. So liegt aber hier der Fall nicht. In seinem Bericht an die 1. Gläubigerversammlung führte der Beamte aus, er habe den Betrieb bisher « im Interesse aller Gläubiger » aufrechterhalten ; « ... die Kurrentgläubiger haben, angesichts der Situation, nichts mehr zu verlieren, sondern nur zu gewinnen, weil durch eine gute Führung die Pension zu einem bessern Namen gelangt, d. h. im Wert steigt ». — Dass die Rekurrentin eine Garantie für einen eventuellen Ausfall übernommen habe, trifft, wie die Vorinstanz feststellt, nicht zu. — Grundsätzlich muss daher die Betriebsrechnung der Kurrentmasse überbunden werden. Ein Vorbehalt ist dabei nur für diejenigen Posten anzubringen, welche die eigentliche Verwaltung des Unterpfandes im oben beschriebenen Sinne betreffen. Soweit in der Betriebsrechnung Ausgaben enthalten sind, welche auch ohne Fortführung des Betriebes zur Erhaltung der Substanz des Unterpfandes hätten gemacht werden müssen, darf sich die Rekurrentin gemäss Art. 262 SchKG der Inanspruchnahme des Erlöses nicht widersetzen.

#### 4. Entscheidung vom 11. Februar 1932 i. S. Brunner.

##### Liegenschaftssteigerung.

Ungültigkeit des auf das Angebot eines Vertreters erteilten Zuschlages, wenn weder der Vertreter zum Angebot bevollmächtigt war noch das Angebot vom Vertretenen nachträglich genehmigt wurde (Erw. 2).

Der Vertretene kann die Ungültigkeit des Zuschlages jederzeit durch Beschwerde geltend machen (Erw. 1).

Art. 58 Abs. 2 VZG, Art. 38 OR.

##### *Enchères d'immeubles.*

Si le représentant ne possédait pas de pouvoirs pour miser, et si l'offre n'a pas été ratifiée ultérieurement par le représenté, l'adjudication prononcée sur l'offre du représentant est nulle (consid. 2).

Le représenté est recevable en tout temps à faire prononcer par voie de plainte la nullité de l'adjudication (consid. 1).

Art. 58 al. 2 ORI. Art. 38 CO.

##### *Vendita all'incanto d'immobili.*

Se il rappresentante non aveva mandato per fare un'offerta all'incanto e se non è stata ratificata dal preteso mandante, l'aggiudicazione è nulla (consid. 2) e può essere dichiarata tale in ogni tempo dietro ricorso del rappresentato (consid. 1).

Art. 58 cap. 2 RRF ; art. 38 CO.

A. — Am 3. Oktober 1931 schlug das Betreibungsamt Dübendorf an der 2. Steigerung in der Grundpfandverwertungsbetreibung gegen Josef Müller die Liegenschaft zum Preis von 43,000 Fr. der « Frau Magdalena Brunner, vertreten durch ihren Ehemann Gottfried Brunner » zu, nachdem Gottfried Brunner dem Gantleiter ein Sparheft auf die Zürcher Kantonalbank im Wert von 3023 Fr. 50 Cts. übergeben und ihn ermächtigt hatte, hievon 1000 Fr. als Anzahlung abzuheben. Am 5. Oktober ging sodann beim Betreibungsamt ein mit dem Namen der Rekurrentin Frau Magdalena Brunner unterzeichnetes Schreiben ein, des Inhaltes, die Rekurrentin sei mit dem Kauf « nur einig, wenn mir die Bank Neumünster den Betrag von 42,000 Fr. stehen lässt bis das Haus fertig ist und die Hypotheken von einer andern Bank übernommen sind. Mein Mann besitzt nur eine Vollmacht zum Verkauf

und nicht eine Generalvollmacht... Also eine Vollmacht wird bis zur Abklärung mit der Bank von Seiten mir nicht erteilt... » Hierauf schrieb der Betreibungsbeamte der Rekurrentin unterm 6. Oktober : « Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 5. Oktober stellen wir andurch fest, dass Sie sich also, wie aus dem Schreiben hervorgeht, im Prinzip mit dem Kauf der Liegenschaft durch Ihren Ehemann als Ihren Vertreter und in Ihrem Namen einverstanden erklären, dagegen nicht mit den Vereinbarungen mit der Leihkasse Neumünster, Zürich. Der Zuschlag der Liegenschaft ist somit an Sie rechtsgültig erfolgt. Was jedoch Ihre an das genannte Bankinstitut gestellten Bedingungen betrifft, so haben Sie dieselben der Bank gegenüber persönlich geltend zu machen... » Als das Amt dann am 17. Oktober der Rekurrentin die Kostenrechnung zustellte, führte jene dagegen Beschwerde mit dem Antrag, den Zuschlag aufzuheben und das Amt anzuweisen, ihr das vom Ehemann Brunner hinterlegte Sparheft unbeschwert herauszugeben.

B. — Die untere kantonale Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab mit der Begründung, die Rekurrentin habe spätestens am 7. Oktober durch das Schreiben des Betreibungsamtes vom 6. Oktober Kenntnis vom Zuschlag erhalten ; die am 19. Oktober erhobene Beschwerde sei daher verspätet. Bleibe daher der Zuschlag bestehen, so müsse die Erwerberin sich auch die Annahme gefallen lassen, das Sparheft sei mit ihrem Einverständnis hinterlegt worden ; von einer Rückgabe der bereits abgehobenen 1000 Fr. könne daher keine Rede sein.

C. — Ein dagegen erhobener Rekurs wurde von der obern kantonalen Aufsichtsbehörde abgewiesen, worauf die Rekurrentin rechtzeitig an das Bundesgericht gelangte unter Wiederholung ihres Beschwerdeantrages.

*Die Schuldbetr.- u. Konkurskammer zieht in Erwägung :*

1. — Nach ständiger Rechtsprechung sind die Aufsichtsbehörden beim Entscheid über die Gültigkeit eines Steigerungszuschlages nicht auf die Prüfung der Anwendung des

Betriebungsgesetzes beschränkt, sondern befugt, den Fall auch unter dem Gesichtspunkt der einschlägigen Bestimmungen des materiellen Zivilrechtes zu beurteilen (vgl. BGE 46 III 93 Erw. 1 Abs. 1).

Voraussetzung eines gültigen Zuschlages ist ein verbindliches Angebot. Hat der Bieter als Vertreter eines Dritten gehandelt, so ist das Angebot für den Dritten nur verbindlich, wenn der Vertreter zum Bieten bevollmächtigt war (Art. 32 OR). Fehlte diese Vollmacht und wird das Angebot auch nicht nachträglich vom Vertretenen genehmigt, so ist der Zuschlag ungültig. Und zwar muss dieser Mangel vom Vertretenen nicht nur innert der Frist des Art. 136 *bis* SchKG (diese Bestimmung setzt bereits ein rechtlich erhebliches Angebot des Ersteigerers voraus), sondern jederzeit geltend gemacht werden können : Das Bundesgericht hat schon in BGE 53 III 180 entschieden, dass der auf das Angebot einer wegen Urteilsunfähigkeit handlungsunfähigen Person erteilte Zuschlag jederzeit angefochten werden könne. Nicht anders kann aber geurteilt werden, wenn derjenige, welchem zugeschlagen wurde, weder selbst geboten noch einen Vertreter hiezu bevollmächtigt hat ; denn weder einem rechtlich nicht beachtbaren noch einem überhaupt nicht vorhandenen Willen kann durch betreibungsamtliche Verfügung entgegen den Vorschriften des Zivilrechtes Rechtswirkung verschafft werden. Die Vorinstanzen haben es daher zu Unrecht abgelehnt, die Beschwerde materiell zu behandeln. Von einer Rückweisung kann indessen abgesehen werden, da die Akten bereits spruchreif sind.

2. — Dafür, dass der Ehemann der Rekurrentin tatsächlich zum Bieten bevollmächtigt war, fehlt jeder Anhaltspunkt. Das Betreibungsamt führt in seiner Vernehmung selbst aus, Brunner habe, vom Gantleiter zur Vorlegung seiner Vollmacht aufgefordert, lediglich behauptet, im Besitz einer solchen zu sein, ohne aber den Beweis dafür — weder sofort noch nach der Steigerung — erbracht zu haben. Der Umstand, dass Brunner im Besitze des

Sparheftes seiner Frau war, ist durchaus indifferent, solange nicht dargetan ist, dass dahinter der Wille der Rekurrentin stand, ihrem Mann damit die Leistung der Anzahlung in ihrem Namen zu ermöglichen. Eine derartige Feststellung kann aber nicht erblickt werden in den Ausführungen der Vorinstanz, die Rekurrentin müsse sich, wenn der Zuschlag aufrecht erhalten bleibe, auch die Annahme gefallen lassen, das Sparheft befinde sich mit ihrem Willen im Besitz des Betreibungsamtes. Und auf die blossе Behauptung Brunners kann nicht abgestellt werden.

Es fragt sich daher nur noch, ob die Rekurrentin den Zuschlag nachträglich genehmigt habe. Dabei war das Amt wohl befugt, vom Vertretenen zu verlangen, binnen angemessener Frist eine Erklärung über die Genehmigung abzugeben; Stillschweigen des Vertretenen hatte jedoch nicht als Genehmigung, sondern als Ablehnung zu gelten (Art. 38 Abs. 2 OR). Die mit dieser gesetzlichen Regelung der Rekurrentin gewährleistete Freiheit des Entschlusses durfte nun das Amt nicht dadurch beeinträchtigen, dass es ihr bekannt gab, es fasse ihr Schreiben vom 5. Oktober als Zustimmung zum Kauf auf und betrachte daher den Zuschlag als gültig. Es kann daher der Rekurrentin auch nicht entgegengehalten werden, sie habe dadurch, dass sie nicht binnen der Beschwerdefrist gegen die Zuschrift des Amtes vom 6. Oktober aufgetreten sei, die Auffassung des Amtes als richtig anerkannt und damit den Zuschlag genehmigt. Massgebend ist einzig, ob in jenem Schreiben vom 5. Oktober — eine andere Äusserung der Rekurrentin kommt überhaupt nicht in Betracht — wirklich eine Genehmigung erblickt werden kann. Das muss jedoch verneint werden: Nach diesem Schreiben (seine Echtheit vorausgesetzt) hätte die Rekurrentin lediglich eine bedingte Genehmigung ausgesprochen, und dass die Bedingung eingetreten sei, wird vom Amt selbst nicht behauptet. Selbstverständlich ging es aber nicht an, die Bedingung ohne Einverständnis der Rekurrentin von der Genehmigung abzutrennen und die Rekurrentin in diesem Punkte auf

direkte Unterhandlungen mit dem betreffenden Grundpfandgläubiger zu verweisen, ohne auf das Ergebnis dieser Unterhandlungen Rücksicht zu nehmen. Durch die Ablehnung der Bedingung von Seite des Amtes fiel auch die Genehmigung der Rekurrentin dahin. Bei dieser Betrachtungsweise kann dahingestellt bleiben, ob das Schreiben vom 5. Oktober, wie die Rekurrentin behauptet hat, gefälscht ist und gar nicht von ihrer Hand stammt, und wann sie das Schreiben des Betreibungsamtes erhalten hat.

Fehlt es daher sowohl an einem für die Rekurrentin verbindlichen Angebot als auch an einer nachträglichen Genehmigung des Zuschlages, so muss der letztere aufgehoben werden. Das hat ohne weiteres die Verpflichtung des Amtes zur Folge, die bereits bezogene Anzahlung wieder herauszugeben.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:*

In Gutheissung des Rekurses wird der angefochtene Entscheid sowie der Zuschlag aufgehoben und das Betreibungsamt angewiesen, der Rekurrentin die Anzahlung von 1000 Fr. herauszugeben.

#### 5. **Entscheid vom 17. Februar 1932** i. S. **Solothurner Kantonalbank.**

Grundpfandverwertung, Deckungsprinzip. Art. 141 u. 142 SchKG, Art. 105, 102 u. 54 VZG.

1. Wird für Zinse zweier in ungleichem Range stehender Pfandforderungen betrieben und Verwertung verlangt, so muss weder die Kapitalforderung im hintern Rang noch eine der Zinsforderungen überboten werden, damit der Steigerungszuschlag erfolgen kann. Erw. 1.
2. Dagegen muss die Kapitalforderung im vordern Rang überboten werden. Art. 54 Abs. 2 VZG ist auch auf die Pfandverwertungsabteilung anwendbar. Erw. 2.