

# **BE\_ZIVILSTRAF ABS 2009 179 vom 22. Juli 2009**

BE Obergericht, 2009-07-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_ABS\\_2009\\_179](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_ABS_2009_179)

FR: BE\_ZIVILSTRAF ABS 2009 179 du 22 juillet 2009

IT: BE\_ZIVILSTRAF ABS 2009 179 del 22 luglio 2009

## **Regeste**

Art. 173 Abs. 2 SchKG; Feststellung der Nichtigkeit der Konkursandrohung bei Zweigniederlassung | GK VIII, Gerichtspräsident

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Gelangt der Konkursrichter zum Schluss, dass im vorangegangenen (Betreibungs-) Verfahren eine nichtige Verfügung erlassen wurde, so überweist er den Fall an die Aufsichtsbehörde zur Beurteilung des Konkursbegehrens (Art. 173 Abs. 2 SchKG), wobei er eine offensichtliche Nichtigkeit auch selber feststellen kann (BGE 135 III 14, S. 18, mit Hinweis auf AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A. Bern 2008, § 36 N 40). Die angerufene Aufsichtsbehörde ist zur Überprüfung der vorliegenden Frage örtlich und sachlich zuständig.

### **E. 4**

Betreibungsgläubiger kann nur sein, wer über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt (SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N 18 zu Art. 67 SchKG). Diese Eigenschaft fehlt der Zweigniederlassung, weil sie über keine Rechtspersönlichkeit verfügt (BGE 120 III 11, S. 13 E. 1; BGer vom 02.02.2004, 4P.184/2003 E. 2.2.2). In einem Prozess kann der Zweigniederlassung deshalb nie die Klägerrolle zukommen (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 1a zu Art. 35 ZPO). Die Gläubigerin übersieht mit ihrer Anmerkung, wonach die Verfügungen im Betreibungsverfahren unangefochten geblieben seien, dass die Parteifähigkeit als wesentliche Verfahrensvoraussetzung auch von den Betreibungsbehörden von Amtes wegen zu beachten ist (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, § 8 N 6). Wird einer Zweigniederlassung dagegen in einer Betreibung dennoch die Rolle der Gläubigerin zugeteilt, während in Tat und Wahrheit nur die Gesellschaft, der sie angehört, Partei ist, liegt im allgemeinen bloss eine fehlerhafte Parteibezeichnung vor. Ein solcher Mangel wird im Betreibungsverfahren geheilt, wenn die andere Partei über die Identität der betreffenden Person keine Zweifel hegen konnte und durch nichts in ihren Interessen beeinträchtigt war (BGer vom 12.07.2005, 7B.43/2005E. 4.3; BGer vom 29.11.2005, 5P.293/2005 E. 3.3; BGer vom 02.08.2001, 7B.179/2001 E. 2b; BGE 120 III 11, S. 13 f. E. 1). Die Zweigniederlassung kann im Übrigen bei gegebenen Voraussetzungen auch als (Prozess-) Vertreterin der Hauptgesellschaft auftreten (BGer vom 02.02.2004, 4P.184/2003 E. 2.2.2). Vorliegend geht die Aufsichtsbehörde davon aus, dass sich die Schuldnerin über die Identität der betreibenden Gläubigerin im Klaren ist, weshalb die mangelhafte Parteibezeichnung im Sinne des Vorstehenden für das dem

Konkursbegehren vorangegangene Betreibungsverfahren als geheilt gelten kann. Entgegenstehendes geht im Übrigen auch aus der Vernehmlassung der Schuldnerin vom 13. Juli 2009 nicht hervor.

#### **E. 5**

Die Aufsichtsbehörde kann das Betreibungsverfahren samt Konkursandrohung lediglich aus betreibungsrechtlicher Sicht überprüfen. Nach dem Gesagten sind das vorliegende Betreibungsverfahren bzw. die Konkursandrohung aus betreibungsrechtlicher Sicht aufgrund der fehlenden Parteifähigkeit der Gläubigerin mangelhaft, jedoch nicht nichtig, weshalb die Konkursandrohung nicht aufgehoben werden kann.

#### **E. 6**

Demgegenüber handelt es sich beim Verfahren betreffend Konkursöffnung um ein gerichtliches Verfahren. Im Gegensatz zur eigentlichen Schuldbetreibung ist das Gerichtsverfahren im summarischen Verfahren, insbesondere betreffend Konkursbegehren, nicht durch Bundesrecht geregelt (BGE 103 Ia 47, S. 51 E. 2b). Vielmehr wird dessen Ordnung den kantonalen Gesetzen überlassen, soweit nicht das

SchKG gewisse Grundsätze darüber aufstellt (vgl. Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG; BGE 103 Ia 47, S. 51 ff. E. 2b ff.). Namentlich etwa für die Form des Konkursbegehrens ist das kantonale Prozessrecht des zuständigen Konkursrichters massgebend (vgl. GerPr Lenzburg AG, Entscheid vom 13.03.2008, publ. in: BLSchK 2009, S. 33 ff., E. 3, mit Anmerkungen von KURT HASLER, Vorsteher des Betreibungs- und Konkursamtes Bern- Mittelland; PHILIPPE NORDMANN, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel 1998, N 5 zu Art. 166 SchKG; FLAVIO COMETTA, in: Dallèves/Foëx/Jeandin [Hrsg.], Poursuite et faillite, Commentaire romand, Basel 2005, N 1 zu Art. 166 SchKG; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 159-270, Lausanne 2001, N 11 zu Art. 166 SchKG). Vorliegend ist also – unter Vorbehalt der wenigen, im SchKG selbst enthaltenen Bestimmungen – die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern (ZPO; BSG 271.1) anwendbar (vgl. BGE 103 Ia 47, S. 51 E. 2b).

#### **E. 7**

Der Konkursrichter tritt auf das Konkursbegehren nicht ein, wenn eine Prozessvoraussetzung nicht gegeben ist (vgl. DIGGELMANN/MÜLLER, in: Hunkeler [Hrsg.], Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, Basel 2009, N 7 zu Art. 172 SchKG). So ist etwa das Konkursbegehren einer juristischen Person bereits „abzuweisen“ (recte: zurückzuweisen), wenn es von einem nicht zeichnungsberechtigten Angestellten unterzeichnet ist (KGer VD vom 02.12.1971, in: BLSchKG 37/1973, S. 183 Nr. 56; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 36 N 11, S. 34). Eben so ist als Prozessvoraussetzung das Vorliegen der Partei- und Prozessfähigkeit vom Richter in jeder Lage des Verfahrens von Amtes wegen zu prüfen (Art. 191 ZPO; L EUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 5 zu Art. 35 ZPO und N 9 zu Art. 192 ZPO). Dies gilt grundsätzlich gleichermassen für das Konkursverfahren als rein betreibungsrechtliche Streitigkeit. Auf das Konkursbegehren einer Zweigniederlassung (mit im Übrigen im Handelsregister nicht zu findender Bezeichnung) ist das Gerichtspräsidium Lenzburg AG mit Entscheid vom 13. März 2008 in einem vergleichbaren Fall nicht eingetreten (vgl. BLSchK 2009, S. 33 ff., S.

34).

#### **E. 8**

Die Beurteilung der Frage, ob der zuständige Konkursrichter auf das Konkursbegehren aufgrund der fehlenden Parteifähigkeit der Gläubigerin allenfalls aus zivilprozessualer Sicht bzw. gestützt auf das kantonale Prozessrecht nicht eintreten kann (Rückweisung), fällt in seinen Zuständigkeitsbereich. Ihm obliegt auch die Entscheidung darüber, ob der Gläubigerin bei einer allfälligen Verneinung der Parteifähigkeit vorgängig Frist zur Verbesserung angesetzt werden soll. Im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen wird das Recht zur Vertretung im Prozess ebenfalls eine Rolle spielen (vgl. BGer vom 02.02.2004, 4P.184/2003 E. 2.3). Immerhin sei ergänzend angemerkt – für den Konkursrichter selbstverständlich unverbindlich –, dass in einem Rechtsöffnungsverfahren auf ein entsprechendes Gesuch einer Bank mit Adresse ihrer Zweigniederlassung eingetreten wurde, weil dort nach Ansicht des Gerichtes trotz mangelhafter Gläubigerbezeichnung die (handlungs- und parteifähige) wirkliche Gläubigerin ohne weiteres zu erkennen war und die Anforderungen an die Parteibezeichnung im Betreibungsverfahren nicht überspannt werden dürften (vgl. Entscheid Appellationshofes des Kantons Bern, III. ZK, vom 13.06.1995, 309/95; betr. Miteigentümergeinschaft nun auch: Entscheid des Appellationshofes des Kantons

Bern, II. ZK, vom 17.07.2009, APH 2009 336). Das Bundesgericht scheint auf die Praxis, wonach es sich bei Verfahrenshandlungen der Zweigniederlassung im Rahmen der hier vorerörterten Umstände um heilbare Mängel handeln kann, nicht mehr ausschliesslich im Betreibungsrecht abzustellen (vgl. etwa BGer vom 28.11.2003, 4C.270/2003 E. 1; BGer vom 11.12.2006, 1P.474/2006 E. 2).

#### **E. 9**

Die Kammer gestattet sich die abschliessende Bemerkung, dass von der Gläubigerin als Grossunternehmen erwartet werden darf, dass sie das nötige Wissen aufbringt, ein amtliches Verfahren mit der richtigen Parteibezeichnung einzuleiten.

#### **E. 10**

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen wird festgestellt, dass im Betreibungsverfahren Nr. Q des Betreibungsamtes B., Dienststelle B., keine nichtige Verfügung vorliegt. Die Beurteilung des Konkursbegehrens selbst – namentlich die zivilprozessuale Eintretensfrage – fällt nicht in den Kompetenzbereich der Aufsichtsbehörde. Die Akten gehen zur weiteren Beurteilung des Konkursbegehrens zurück an den Konkursrichter. (...) Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.