

## BGE 56 III 132

Bundesgericht (BGE), 1930-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_56\\_III\\_132](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_56_III_132)

FR: ATF 56 III 132

IT: DTF 56 III 132

### Volltext

132 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. N° 35; behörden zum Zwecke der Aktenergänzung an ihn richten, Folge zu leisten hat. Hieraus folgert die Vorinstanz jedoch zu Unrecht, die • Aufsichtsbehörden können das Eintreten auf eine Beschwerde in jedem Falle ablehnen, wenn der Beschwerdeführer einer solchen Aufforderung nicht nachkomme. Das trifft hinsichtlich der Vorlegung von Betreibungsurkunden, auf welche sich die Beschwerde bezieht, nicht zu. Die Betreibungsurkunden liegen im Original auf dem Betreibungsamte, stehen den Aufsichtsbehörden dort zur Verfügung und sind von ihnen in allen Fällen, in denen es notwendig ist, von Amtes wegen beizuziehen (vgl. BGE 37 I 426 Erw.2 = SAXIV214Erw.2). Die Vorlegung der Urkundenabschrift durch den Beschwerdeführer ist somit jedenfalls nicht notwendig, weshalb auch die Tatsache, dass er eine solche Aufforderung unbeachtet lässt, die Aufsichtsbehörde nicht berechtigt, seiner Beschwerde die materielle Behandlung zu versagen. Darf die Aufsichtsbehörde aber die materielle Beurteilung nicht davon abhängig machen, ob der Beschwerdeführer ihrer Aufforderung, die Urkundenabschrift einzureichen, Folge leistet, so kann sie den Nichteintretensentscheid auch nicht darauf stützen, dass sie ihn dem Beschwerdeführer angedroht habe; diese Androhung war eben unzulässig. Demnach erkennt die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer: Die Angelegenheit wird zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. 35. Entscheidung vom 11. Septem. 1930: i. S. Kümmel "Oie. Eine zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtete Kollektivgesellschaft kann nur auf Konkurs betrieben werden; eine Fortsetzung der Betreibung auf dem Weg der Pfändung ist Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. No 35. 133 auch vor dem Eintrag ins Handelsregister nicht zulässig. Art. 39 SchKG (Erw. 1). Ein gemäss Art. 580 OR ernannter Liquidator ist kein gesetzlicher Vertreter i. S. von Art. 47 SchKG. - Pflicht eines nicht mehr vertretungsberechtigten Teilhabers, am Gesellschaftssitz Betreibungsurkunden zu Händen des Liquidators entgegenzunehmen und dem letztem zu übergeben. Art. 47 und 65 Abs. 2 SchKG (Erw. 2). Une société en nom collectif tenue de se faire inscrire au registre du commerce ne peut être poursuivie que par voie de faillite. Même avant l'inscription il n'est pas admissible qu'une poursuite se continue par voie de saisie. Art. 39 LP (consid. 1). Un liquidateur désigné en application de l'art. 580 CO n'est pas un représentant légal au sens de l'art. 47 LP. L'associé qui n'a plus qualité pour représenter la société est néanmoins tenu de recevoir les actes de poursuite qui parviennent au siège de la société à l'adresse du liquidateur et de les transmettre à ce dernier. Art. 47 et 65 al. 2 LP (consid. 2). Una società in nome collettivo soggetta all'iscrizione nel registro di commercio non può essere eseguita se non in via di fallimento. Anche prima dell'iscrizione al registro la continuazione dell'esecuzione in via di pignoramento non è ammissibile. Art. 39 LEF (consid. 1). Un liquidatore nominato in base all'art. 580 CO non è un rappresentante legale ai sensi dell'art. 47 LEF. Anche un socio che non abbia veste per rappresentare la società, è tenuto a ricevere gli atti di esecuzione che pervengono al domicilio della società.

all'indirizzo delliquidatore e di trasmetterli a quest'ultimo (art. 47 e 65 LEF (eonsid. 2)). A. - Reinhold Kümmel und J. Kägi betrieben seit dem 1. Juni 1928 unter der Firma « R. Kümmel & Cie ») eine Autoreparaturwerkstätte, ohne indessen eine Kollektivgesellschaft in das Handelsregister eintragen zu lassen. Schon im Oktober 1928 gerieten sie in Streit, und seither stehen sie wegen Auflösung der Gesellschaft im Prozess. Am 5. Januar 1929 ernannte das Prozessgericht J. Kägi als Liquidator; auch dies wurde im Handelsregister nicht eingetragen. In mehreren gegen die Firma R. Kümmel & Cie angehobenen und fortgesetzten Betreibungen wurden die Betreuungsurkunden nach wie vor an R. Kümmel & Cie zugestellt. Nachdem im März und April 134 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. No 35. je eine Pfändung vollzogen worden war, an denen weitere Gläubiger teilnahmen, führte am 31. Mai auf die Mitteilung eines Verwertungsbegehrens hin ein Rechtsanwalt für « Kümmel & Cie in Liq. », « speziell namens und im Auftrag des Gesellschafters Reinhold Kümmel » Beschwerde mit dem Antrag, es seien alle seit dem 5. Januar 1929 durch das Betreibungsamt Zürich 3 vorgenommenen Betreibungshandlungen nichtig zu erklären und aufzuheben. Mit Entscheid vom 23. Oktober 1929 hat das Bundesgericht die kantonale Aufsichtsbehörde beauftragt, einen Entscheid der Handelsregisterbehörden über die Eintragungspflicht der Firma R. Kümmel & Cie einzuholen und auf Grund desselben die Beschwerde neu zu beurteilen (BGE 55 III 146 f.). B. - Nachdem ihr das Handelsregisteramt des Kantons Zürich mitgeteilt hatte, dass die Firma R. Kümmel & Cie in Liq. nunmehr zwangsmässig und rechtskräftig ins Handelsregister eingetragen worden sei, hat die obere kantonale Aufsichtsbehörde den Rekurs der Rekurrenten mit Beschluss vom 21. Juli 1930 abgewiesen und damit die Abweisung der Beschwerde bestätigt. O. - Diesen den Parteien am 28. Juli 1930 zugestellten Entscheid zogen die Rekurrenten rechtzeitig an das Bundesgericht weiter unter Wiederholung des Antrages, es seien alle seit dem 5. Januar 1929 durch das Betreibungsamt Zürich 3 vorgenommenen Betreibungshandlungen aufzuheben. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung : 1. - Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister erfolgten Pfändungen als solche nicht nichtig seien und aufrechterhalten werden müssen, weil die Kollektivgesellschaft zu ihrer Entstehung der Eintragung ins Handelsregister nicht bedürfe und bis zum erfolgten Eintrag Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. No 35. 135 überhaupt nur auf Pfändung betrieben werden könne. Dem kann jedoch nicht beigelegt werden : Richtig ist, dass die Kollektivgesellschaft zur Entstehung als Rechtssubjekt keines Handelsregistereintrages bedarf. Daraus folgt aber noch nicht, dass dieses Rechtssubjekt vor der Eintragung ins Handelsregister auch schon betreibungsfähig sei. Ob und auf welche Art dies der Fall sei, beurteilt sich ausschliesslich nach Betreibungsrecht. Nun hat das Bundesgericht schon in seinem Entscheid vom 23. Oktober 1929 (BGE 55 III 146 f.) ausgeführt, dass die gesetzliche Regelung dahin zu verstehen sei, dass Kollektivgesellschaften ausnahmslos der Konkursbetreibung unterworfen sein sollen. Wenn das Gesetz in Art. 39 bestimmt, dass die Betreibung auf Konkurs fortgesetzt werde, « wenn » der Schuldner als Kollektivgesellschaft eingetragen sei, so setzte es dabei voraus, dass durch die Vorschriften des OR und der Handelsregisterverordnung in genügender Weise dafür gesorgt sei, dass jede eintragungspflichtige Kollektivgesellschaft auch wirklich eingetragen werde. Die Tatsache, dass diese Voraussetzung in Wirklichkeit nicht immer zutrifft, kann nun nicht dazuführen, dass solange die Eintragung - gesetzwidrig - unterblieben ist, eine Betreibung auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt wird, sondern lediglich zur Folge haben, dass nun eben mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln für eine sofortige Nachholung des

Eintrages gesorgt und eine Fortsetzung der Betreibung auf Pfändung verhindert wird, solange die Frage der Eintragungspflicht nicht abgeklärt ist. Andern- falls bestünde ja die Möglichkeit, dass eine Kollektiv- gesellschaft, um einen einzelnen Gläubiger zu begünstigen, sich nicht eintragen und von diesem Gläubiger betreiben und vollständig auspfänden lässt, während die übrigen Gläubiger das Nachsehen hätten, selbst wenn sie vor- gängig ihrer Betreibung die Eintragung der Gesellschaft durchsetzen würden. Dieses Ergebnis wollte aber dM Gesetz gerade verhindern. Es steht auf dem Standpunkt, 136 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. N° 35. dass eine eintragungspflichtige Gesellschaft nur der Gene- ralexekution unterstellt werden und dass kein Gläubiger • durch eine Spezialexécution eine privilegierte Stellung erlangen dürfe. Da diese Regelung im öffentlichen Interesse aufgestellt erscheint, muss ihr von Amtes wegen Nachachtung verschafft werden. Deshalb hat denn auch das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 23. Oktober 1929 erklärt, das Betreibungsamt sei, wenn es ein Pfän- dungsbegehren gegenüber einer nichteingetragenen Gesell- schaft erhalte, verpflichtet, die Frage der Eintragu- ngspflicht von Amtes wegen abklären zu lassen, bevor es zu einer Pfändung schreite, und im Fall der Bejahung der Eintragungspflicht keine Pfändung vorzunehmen. Im vorliegenden Fall hat nun das Betreibungsamt daduroh, dass es gegenüber einer Kollektivgesellschaft Pfändungen ausführte, ohne vorher die Eintragungspflicht des Schuldners feststellen zu lassen, einer ihm im öffent- lichen Interesse auferlegten Amtspflicht zuwidergehandelt. Da es sich dabei, wie nun feststeht, um einen Schuldner handelt, der auf Konkurs zu betreiben ist, müssen diese Pfändungen, weil einer zwingenden Vorschrift (Art. 39 SchKG) widersprechend, von Amtes wegen -aufgehoben werden. Unter diesen Umständen braucht nicht weiter erörtert zu werden, ob Pfändungsankii, ndigungen und Pfändungsurkunden vorschriftgemäss zugestellt worden sind. . 2. - Hinsichtlich der Zahlungsbefehle ist dagegen die Feststellung, dass die Schuldnerin eintragungspflichtig war, ohne Bedeutung; denn die Zahlungsbefehle bleiben sich gleich, ob die Betreibung nun auf Pfändung oder auf Konkurs gerichtet ist. Daher ist nooh auf den Einwand der Rekurrenten einzugehen, der Liquidator Viel sei gesetzlicher Vertreter der Gesellsohaft, sodass die Zah- lungsbefehle nicht dem Gesellschafter Kümmer am Gesell- schaftssitz zu Randen des Liquidators, sondern dem Liquidator selbst und zwar an seinem persönliohen Domizil hätten zugestellt werden sollen. Mit Reoht hat aber die Schuldbetreibungs. und Konkursrecht. N° 35. 137 Vorinstanz diesen Standpunkt abgelehnt. Ein Liquidator im Sinne von Art. 580 f. OR ist kein gesetzlicher Vertreter im Sinne von Art. 47 SchKG; auch dann, wenn er gemäss Art. 580 Abs. 2 OR vom Riohter ernannt wurde, muss er in Betreibungssachen wie ein vertraglicher Vertreter behandelt werden. Gesetzlicher Vertreter im Sinn von Art. 47 SchKG ist nur, wer kraft Gesetzes an Stelle eines Handlungsunfähigen zu handeln berufen ist. Im vor- liegenden Fall ist Viel übrigens gemäss der für das Bundes- gericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz kraft Einigung der beiden Gesellschafter als Liquidator bestellt worden und muss schon deswegen als vertraglicher Liqui- dator betrachtet werden. - Massgebend für die Bestim- mung des Betreibungsortes ist daher nicht Art. 47, sondern Art. 46 Abs. 2 SchKG. Der Sitz der betriebenen Gesell- schaft befand sich aber unbestrittenermassen im Betrei- bungskreis Zürich 3. An diesem Sitz wurde weder durch den Liquidationsbeschluss noch dadurch etwas geändert, dass die Gesellschaft keinerlei Geschäfte mehr tätigte. Unerheblioh ist auch, dass die Befugnis, die Gesellschaft nach aussen zu vertreten, nur noch dem Liquidator zustand. Auch die in Liquidation - . stehende Gesellschaft hat ihre~ eigenen, von demjenigen der Liquidatoren unabhängigen Sitz, und zwar ist dies der ursprüngliche Gesellschaftssitz, solange nicht eine Änderung im

Handelsregister ein- getragen wird. Und wenn nun der Liquidator nicht persönlich in dem Gesellschaftssitz getroffen wurde, so konnten die Betreibungsurkunden zu seinen Händen gültig auch dem Teilhaber Kümmel übergeben werden: Art. 65 Abs. 2 SchKG. Auch wenn sie nachher nicht mehr vertretungsberechtigt sind, haben Teilhaber einer in Liquidation begriffenen Gesellschaft ebensogut wie gewöhnliche Angestellte oder Beamte dieser Gesellschaft die Pflicht, am Gesellschaftssitz Urkunden zu Händen des Liquidators entgegenzunehmen und sie dem letztem zu übergeben. 138 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. No 36. Demnach erkennt die Schlichtbetr. und Konkurskammer: In teilweiser Gutheissung des Rekurses werden die vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister vorgenommenen Pfändungen aufgehoben. Im übrigen wird der Rekurs abgewiesen. 36. Entscheid vom 12. Septemb. 1930 i. S. Wunderlin. Wird auf Grund des Konkursverlustscheines eine neue Betreibung aufgehoben, ohne dass der Schuldner bestreitet, zu neuem Vermögen gekommen zu sein, so ist dem allfällig neu auszustellenden (Verlustschein infolge Pfändung) zu bemerken, die Forderung beruhe auf Konkursverlustschein. SchKG Art. 149 und 265. Lorschle, sur la base d'un acte de default de biens delictueux, le 8. avril 1888, une nouvelle poursuite est exercée contre le débiteur sans qu'il conteste son revenu à meilleure fortune, le n° 1161 « acte de défaut après saisie » qui serait délivré le 8. août 1888 devrait mentionner que la créance repose sur un acte de défaut après faillite. Art. 149 et 265 LP. Allarehe in virtù di un attestato di carenza di beni rilasciato in seguito a fallimento, una nuova esecuzione è promossa contro il debitore, senza che queste contesti d'aver acquistato nuovi beni, occorre annotare l'attestato di carenza di beni consecutivo a pignoramento, che dovrà eventualmente essere rilasciato con riferimento ad un attestato di carenza di beni in seguito a fallimento. Art. 149 e 265 LEF. Der Rekurrent Wilhelm Wunderlin hatte für eine Forderung von 9813 Fr. gegen Karl Wunderlin einen Konkursverlustschein erhalten und hob nun, im Anschluss an einen am Wohnorte des Schuldners, Basel, herausgenommenen Arrest, Betreibung an, wogegen der Schuldner nicht Rechtsvorschlag erhob. Da die hierauf gepfändeten weiteren Vermögensgegenstände zur Deckung nicht genugten, vermerkte das Betreibungsamt zwar auf der Pfändungsurkunde, sie gelte als provisorischer Verlustschein (vgl. BGE 55 III S. 30); dagegen verweigerte Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. No 36. 139 es die Ausstellung eines neuen Verlustscheines (infolge Pfändung) für den durch das Verwertungsergebnis nicht gedeckten Betrag von 8912 Fr. 15. Auf Beschwerde des Gläubigers hin hat die kantonale Aufsichtsbehörde am 8. August 1930 das Betreibungsamt angewiesen, «( den definitiven Verlustschein gegen Rückgabe des Konkursverlustscheines auszustellen, ihn als Ersatz des Konkursverlustscheines zu bezeichnen und in der Rubrik « Grund der Forderung) anzugeben, dass die Forderung auf einem Konkursverlustschein beruht. » Diesen Entscheid hat der Gläubiger an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrag, das Betreibungsamt sei anzuweisen, ihm einen definitiven Pfändungsverlustschein ohne jeden Vorbehalt und ohne jede Einschränkung auszustellen. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung: Freilich unterscheidet sich die vorliegend streitige Betreibung nicht von irgend einer anderen ordentlichen Betreibung auf Pfändung, weil sie einerseits im Anschluss an die Ausstellung des Konkursverlustscheines nicht anders als durch einen Zahlungsbefehl eingeleitet werden konnte, und weil andererseits der Schuldner nicht die Einrede des Mangels neuen Vermögens durch Rechtsvorschlag erhoben hat. Dementsprechend hat die Vorinstanz zutreffend entschieden, dass dem betreibenden Gläubiger ein (Verlustschein infolge Pfändung) auszustellen sei, was übrigens der Schuldner unangefochten gelassen hat. Gestützt hierauf

kann der Gläubiger namentlich während sechs Monaten ohne neuen Zahlungsbefehl die Betreuung fortsetzen (Art. 149 Abs. 3 SchKG), ohne dass der Schuldner die Einrede des Mangels neuen Vermögens erheben könnte, weil der Rechtsbehelf des Rechtsvorschlages, durch den jene Einrede einzig erhoben werden kann, nur gegenüber einer neu angehobenen Betreuung zu Gebote steht, nicht aber gegenüber einer solchen eigentlichen Fort-

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