

## **BGE 97 I 309**

Bundesgericht (BGE), 1971-06-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_97\\_I\\_309](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_97_I_309)

FR: ATF 97 I 309

IT: DTF 97 I 309

### **Regeste**

Regeste Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG. Eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung wegen betrügerischer Handlungen setzt voraus, dass schon vor deren Begehung zwischen dem Täter und dem Geschädigten ein Schuldverhältnis bestanden hat. Ausserdem müssen die betrügerischen Handlungen geeignet und in der Absicht begangen worden sein, die Befriedigung der (bestehenden) Forderungsrechte des Gläubigers zu vereiteln oder zu erschweren.

Regeste Art. 190 al. 1 ch. 1 LP. Le prononcé d'une faillite sans poursuite préalable, pour actes frauduleux du débiteur, présuppose que ce dernier ait été déjà débiteur du créancier lésé avant de commettre les actes frauduleux. Il faut en outre que les actes aient été de nature à compromettre ou à rendre plus difficile la réalisation des droits du créancier et qu'ils aient été commis dans cette intention.

Regesto Art. 190 cpv. 1 num.1 LEF. La dichiarazione di un fallimento senza preventiva esecuzione per atti fraudolenti del debitore presuppone che questi sia stato già debitore del creditore danneggiato prima di commettere gli atti fraudolenti. Occorre inoltre che gli atti siano stati di natura tale da compromettere o da aggravare la realizzazione dei diritti del creditore, e che siano stati commessi con tale intenzione.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

(Prozessuales).

#### **E. 2**

Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG kann ohne vorgängige Betreuung der Konkurs eröffnet werden u.a. über jeden "Schuldner", der zum Nachteile der "Gläubiger" betrügerische Handlungen begangen oder zu begehen versucht hat (nach dem französischen bzw. italienischen Text: "actes commis en fraude des droits de ses créanciers" bzw. "atti fraudolenti in pregiudizio dei suoi creditori"). Schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht hervor, dass der Täter der betrügerischen Handlung schon vor deren Begehung Schuldner des durch die Tat Geschädigten gewesen sein muss, dass daher die Voraussetzungen für eine sofortige Konkursöffnung nicht erfüllt sind, wenn das Schuldverhältnis erst als Folge der betrügerischen Handlung entstanden ist. Der Wortlaut dieser Bestimmung entspricht auch ihrem Sinn. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG dient der sofortigen Zwangsvollstreckung bestehender Forderungen, falls der Schuldner die Ansprüche seiner Gläubiger durch bestimmte Handlungen derart gefährdet, dass ihnen billigerweise die Einschlagung des ordentlichen schuldbetriebsrechtlichen Verfahrens nicht mehr zugemutet werden kann (BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweiz. Schuldbetriebsrechts, 1911, S. 595; LEEMANN, Die Konkursgründe nach dem

Bundes-Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Diss. Bern 1904, S. 44; Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 zum SchKG, S. 50, 51, 69).

Dementsprechend setzen die in dieser Bestimmung genannten Konkursgründe ein bereits bestehendes Schuldverhältnis voraus. Dies steht zum vornherein fest in bezug auf die in Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG zusätzlich erwähnten speziellen Tatbestände der Schuldenflucht und der Pfandverheimlichung. Es muss aber auch gelten in bezug auf den allgemeinen Tatbestand der "betrügerischen Handlungen", welcher nur dann einen Konkursgrund bilden kann, wenn die dadurch Geschädigten bereits zur Zeit der Begehung Gläubiger des Täters waren, nicht schon, wenn sie es erst durch die Tat geworden sind (ZBJV Bd. 50 S. 143 und Bd. 76 S. 250; ZR Bd. 34 Nr. 103). Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, dass gegen jeden Täter eines Vermögensdeliktes auf Begehren BGE 97 I 309 S. 312 des Geschädigten allein wegen der durch die Tat entstandenen Deliktsforderung der Konkurs ohne vorherige Betreibung zu eröffnen wäre. Mit Art. 190 SchKG wäre dies schlechterdings unvereinbar. Wollte man, wie dies der erstinstanzliche Richter stillschweigend getan hat, die zum Nachteil der Firma Ernst Sutter AG begangenen Diebstähle betreibungsrechtlich als eine einheitliche betrügerische Handlung ansehen, so wäre eine sofortige Konkursöffnung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG mangels eines vorbestehenden Schuldverhältnisses zum vornherein ausgeschlossen.

### **E. 3**

Man könnte allerdings ohne Willkür die während mindestens eines Jahres verübten Diebstähle als eine Mehrzahl einzelner betrügerischer Handlungen ansehen und, da der Beschwerdeführer bereits mit Begehung des ersten Diebstahls aufgrund von Art. 41 OR Schuldner der Firma Ernst Sutter AG geworden war, das Erfordernis des vorbestehenden Schuldverhältnisses wenigstens in bezug auf alle späteren Handlungen als erfüllt erachten. Aber auch bei dieser Betrachtungsweise, welche offenbar dem Entscheid des Rekursrichters zugrunde liegt, wäre eine Konkursöffnung ohne vorherige Betreibung willkürlich. Denn Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG verlangt überdies, dass die betrügerischen Handlungen "zum Nachteil der Gläubiger" begangen oder zu begehen versucht worden sind. Dies wird von Lehre und Rechtsprechung dahin ausgelegt, dass die betrügerischen Handlungen geeignet und in der Absicht begangen worden sein müssen, die Befriedigung der Forderungsrechte aller oder einzelner Gläubiger zu vereiteln oder zu erschweren (LEEMANN, a.a.O., S. 70 ff.; BLUMENSTEIN, a.a.O., S. 598/99; JAEGER/DAENIKER, Komm. SchKG, 3. A., N. 8 zu Art. 190; FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Bd. II, S. 30; BGE 78 I 123 ; ZR Bd. 34 Nr. 103; ZBJV Bd. 76 S. 250). Auch im Entscheid des Rekursrichters wird nicht behauptet, dass die vom Beschwerdeführer begangenen Diebstähle schon an sich geeignet gewesen seien, die Befriedigung der bereits bestehenden Forderungsrechte der Firma Ernst Sutter AG zu gefährden. Der Rekursrichter nimmt jedoch an, eine Beeinträchtigung der Gläubigerrechte liege im nachträglichen Verkauf der gestohlenen Ware. Diese Auffassung ist unhaltbar. Im angefochtenen Entscheid wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer die gestohlenen Fleischwaren zusammen mit rechtmässig erworbener Ware in seiner Metzgerei zum Verkauf angeboten BGE 97 I 309 S. 313 und an gutgläubige Kunden zum normalen Preis veräussert hat. Weshalb dadurch die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers beeinträchtigt worden sein soll, ist nicht erfindlich. Denn an die Stelle der verkauften Ware trat im Vermögen des Beschwerdeführers als Gegenwert der Detailverkaufserlös. Im nachträglichen Verkauf der gestohlenen Ware könnte höchstens dann eine Beeinträchtigung der Gläubigerrechte der Firma Ernst Sutter AG erblickt werden, wenn der Beschwerdeführer den Erlös heimlich beiseite geschafft oder auf der Stelle

verschwenderisch ausgegeben hätte, was indessen nie behauptet worden ist. Dazu kommt, dass es sich bei den gestohlenen Fleischwaren zumindest zum Teil um rasch verderbliches Gut handelte, das bei Aufbewahrung wohl wertlos geworden wäre. Die Auffassung des Rekursrichters, der Verkauf der gestohlenen Fleischwaren stelle eine betrügerische Handlung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG dar, lässt sich somit nicht mit sachlichen Gründen vertreten. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Rekursentscheid, welcher die vom erstinstanzlichen Richter ausgesprochene Konkurseröffnung ohne vorherige Betreibung bestätigt, aufzuheben. Dispositiv

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