

# **BGer 5A 695/2010 vom 3. Dezember 2010**

Bundesgericht, 2010-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_695\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_695_2010)

FR: TF 5A 695/2010 du 3 décembre 2010

IT: TF 5A 695/2010 del 3 dicembre 2010

## **Regeste**

Rückweisung von Betreibungsbegehren | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Entscheid einer Aufsichtsbehörde in SchK-Sachen, wogegen die Beschwerde in Zivilsachen offen steht ( Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG ). Die im Rahmen der Wechselbetreibung gegen Entscheide der Aufsichtsbehörden geltende Beschwerdefrist von fünf Tagen ( Art. 100 Abs. 3 lit. a BGG ) ist eingehalten. Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.

### **E. 2**

Die Parteien sind sich einig, dass der Beschwerdeführer im Ausland wohnt, der Check von einem einzelzeichnungsberechtigten Gesellschafter, aber ohne Wissen des Beschwerdeführers auf die Kollektivgesellschaft ausgestellt wurde und ungedeckt ist. Strittig ist zwischen den Parteien, ob am (vormaligen) Sitz der Kollektivgesellschaft in A. \_\_\_\_\_ die Wechselbetreibung gegen den Beschwerdeführer eingeleitet werden kann. Das Obergericht hat die Frage bejaht mit Hinweis auf BGE 37 I 474 , wonach mit Bezug auf den im Ausland wohnhaften Kollektivgesellschaftler am Sitz der Kollektivgesellschaft eine Geschäftsniederlassung im Sinn von Art. 50 Abs. 1 SchKG besteht. Es hat weiter erwogen, massgeblich seien nach BGE 114 III 8 die Verhältnisse im Zeitpunkt der Betreibungseinleitung. Die Kollektivgesellschaft habe sich zwar seit dem 14. April 2009 im Konkurs befunden, aber das Konkursverfahren sei erst am 28. Mai 2009 - also nach Einreichung des Betreibungsbegehrens am 20. Mai 2009 bzw. dessen Empfang durch das Betreibungsamt am 25. Mai 2009 - eingestellt worden und die Löschung der Firma im Handelsregister sei sogar erst am 15. September 2009 erfolgt, womit auch die Frist von Art. 40 SchKG eingehalten werde.

### **E. 3**

Dass für den im Ausland wohnhaften Kollektivgesellschaftler am Sitz der Kollektivgesellschaft grundsätzlich der Betreibungsort von Art. 50 Abs. 1 SchKG gegeben ist, wird in der Beschwerde in Zivilsachen nicht mehr in Frage gestellt. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, die Kollektivgesellschaft und damit eine Geschäftsniederlassung in der Schweiz bestehe inzwischen nicht mehr; dass die Betreibung noch vor der definitiven Löschung der Gesellschaft eingeleitet worden sei, könne nicht von Belang sein, denn gemäss BGE 120 III 112 seien allein die Verhältnisse im Urteilszeitpunkt massgeblich. Die Meinung des Beschwerdeführers geht fehl: Abgesehen davon, dass der zitierte Entscheid keine derartige Aussage enthält, betrifft er ohnehin einen völlig anderen Sachverhalt, nämlich den Wegzug des Schuldners ohne Begründung eines neuen

Wohnsitzes; vorliegend hatte der Beschwerdeführer jedoch seit je Wohnsitz im Ausland und auch die Örtlichkeit des Geschäftsdomizils hat sich nie verändert. Wie bereits das Obergericht zutreffend erkannt hat, ergibt sich der massgebliche bzw. spätestens mögliche Zeitpunkt für die Begründung eines Betreibungsortes an der Geschäftsniederlassung aus Art. 40 SchKG : Nach Abs. 1 dieser Bestimmung in Verbindung mit Art. 177 Abs. 1 SchKG unterliegen Personen, die im Handelsregister eingetragen waren (vorliegend der Beschwerdeführer als Kollektivgesellschafter, Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ), noch während sechs Monaten seit der SHAB-Publikation der Streichung im Handelsregister der Wechselbetreibung; innerhalb der betreffenden Frist muss der Gläubiger den Erlass eines Zahlungsbefehls verlangt, d.h. das Betreibungsbegehren gestellt haben ( Art. 40 Abs. 2 SchKG ). Vorliegend ist dieser Akt nicht nur innerhalb der sechsmonatigen Frist erfolgt, sondern sogar bevor diese Frist überhaupt zu laufen begonnen hat. Ist der Betreibungsort aber einmal fixiert, bleibt das Schicksal des Handelsregistereintrages bzw. der weitere Zeitablauf ohne Einfluss auf die Wechselbetreibung.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, es gehe offensichtlich um einen Checkmissbrauch und es sei notorisch, dass gegen seinen Mitgesellschafter ein Strafverfahren eingeleitet worden sei. Es sei absurd, wenn das Obergericht in diesem Zusammenhang auf die Unschuldsvermutung verweise, weil diese dem Schutz des Angeschuldigten und nicht der Benachteiligung eines Mitgesellschafters diene. Aufgrund des Strafverfahrens sei bereits für den Betreibungsbeamten, jedenfalls aber für die kantonalen Aufsichtsbehörden offensichtlich gewesen, dass die Kollektivgesellschaft nicht habe verpflichtet werden können. Der Beschwerdeführer macht dabei eine Verletzung von Art. 50 Abs. 1 SchKG geltend. Diese Norm regelt indes ausschliesslich einen Betreibungsort und hat mit der Prüfung des Checks nichts zu tun. Anderweitige Rechtsverletzungen macht der Beschwerdeführer nicht geltend und das Bundesgericht greift solche auch nicht von sich aus auf, weil den Beschwerdeführer diesbezüglich eine Begründungspflicht trifft ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; Botschaft zum BGG, BBl 2001 S. 4294; Urteil 5A\_92/2007 vom 8. Juni 2007 E. 4.1 m.w.H.). Lediglich der Vollständigkeit halber sei der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass der Betreibungsbeamte die formellen Voraussetzungen der Wechselbetreibung zu prüfen hat ( Art. 178 Abs. 1 SchKG ; BGE 113 III 123 ), dass diese nach den obergerichtlichen Feststellungen offensichtlich gegeben sind und dass seine materiellen Einwände dem Rechtsvorschlagsrichter unterbreitet werden können (vgl. Art. 182 SchKG ) bzw. grundsätzlich ins Rechtsvorschlags- und nicht ins Beschwerdeverfahren gehören ( BGE 118 III 24 ; Roth, Kurzkommentar SchKG, N. 5 und 8 zu Art. 178 SchKG ; Bauer, Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 178 SchKG ; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 4 zu Art. 178 SchKG ). Ob der Betreibungsbeamte bzw. die Aufsichtsbehörde über die formelle Prüfung hinaus auch den materiellen Bestand einer check- bzw. wechsellässigen Verpflichtung auf "klare bzw. krasse Fälle" hin überprüfen dürfte (zur Kontroverse vgl. Bauer, a.a.O., N. 15 zu Art. 178 SchKG ), kann vorliegend offen gelassen werden: Der angefochtene Entscheid enthält keine Sachverhaltsfeststellungen zum Inhalt, Stadium und Schicksal bzw. Ausgang des offenbar gegen den Mitgesellschafter eingeleiteten Strafverfahrens und der Beschwerdeführer erhebt diesbezüglich keine Sachverhaltsrügen, weshalb es von vornherein an den tatsächlichen Grundlagen für die Annahme einer offensichtlich nicht gegebenen check- bzw. wechsellässigen Verpflichtung fehlt und entsprechend kein Boden für rechtliche Erwägungen in diesem Zusammenhang

gegeben ist.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen mangels hinreichender Vorbringen unbegründet und folglich abzuweisen ist. Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und er hat den Beschwerdegegner für die Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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