

S. 146 / Nr. 35 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 55 III 146

35. Entscheid vom 23. Oktober 1929 i. S. Bernasconi & Ferrari und Konsorten.

Regeste:

Die Betreuung gegen nicht im Handelsregister eingetragene Personen-Gesellschaften ist nicht durch Pfändung fortzusetzen, sondern regelmässig hat das Betreibungsamt zunächst die Handelsregisterbehörden um eine Entscheidung über die Eintragungspflicht anzugehen, ausser wenn ihm zuverlässig bekannt ist, dass die betriebene Gesellschaft kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt; letzterenfalls oder bei Verneinung der Eintragungspflicht ist die Fortsetzung, eventuell schon die Anhebung der Betreuung abzulehnen. OR Art. 552, 559, 590, 597; SchKG Art. 39.

Seite: 147

Une poursuite exercée contre une société qui n'est pas inscrite au registre du commerce ne doit pas être continuée par voie de saisie. L'office des poursuites doit, au préalable, requérir les autorités chargées du registre du commerce de se prononcer sur l'obligation de l'inscription. Une exception à cette règle ne peut être faite qu'en ce qui concerne les sociétés à l'égard desquelles l'office sait, de science certaine, qu'elles ne font pas de commerce, n'exploitent pas une fabrique et n'exercent pas en la forme commerciale une industrie quelconque. A l'égard de ces sociétés et de celles, pour lesquelles l'obligation de l'inscription n'a pas été admise, l'office doit refuser de continuer, éventuellement, d'introduire la poursuite.

Un'esecuzione, promossa contro una società non iscritta nel registro di commercio, non deve proseguirsi in via di pignoramento. L'ufficio deve anzitutto chiedere alle autorità cui è affidato il registro di commercio di pronunciarsi sull'obbligo dell'iscrizione. Un'eccezione a questa regola può essere fatta solo per le società di cui l'ufficio sa sicuramente che non esercitano un commercio, una industria od altra impresa commerciale. Per queste società e per quelle nei cui riguardi l'obbligo dell'iscrizione non fu ammesso, l'ufficio deve rifiutare di continuare, eventualmente, di promuovere l'esecuzione.

A. - R. Kümmel und J. Kaegi betrieben seit 1. Juni 1928 unter der Firma R. Kümmel & Cie eine Automobilreparaturwerkstätte, ohne eine Kollektivgesellschaft in das Handelsregister eintragen zu lassen. Schon im Oktober 1928 gerieten sie in Streit, und seither stehen sie wegen der Auflösung der Gesellschaft im Prozess. Am 5. Januar 1929 ernannte das Prozessgericht J. Viel als Liquidator, ohne dass dies im Handelsregister eingetragen wurde. In mehreren gegen die Firma R. Kümmel & Cie angehobenen und fortgesetzten Betreibungen wurden die Betreuungsurkunden nach wie vor an R. Kümmel zugestellt. Nachdem im März und im April 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

Seite: 148

Zürich 3 vorgenommenen Betreuungshandlungen nichtig zu erklären und daher aufzuheben. Zur Begründung dieser und einer weiteren Beschwerde machte er zunächst geltend, seit der Ernennung des Liquidators sei die Zustellung der Betreuungsurkunden an den Gesellschafter Kümmel nicht mehr zulässig gewesen, und im weiteren Verlaufe des Beschwerdeverfahrens ausserdem noch, die betriebene Gesellschaft sei nur eine einfache Gesellschaft und nicht eine Kollektivgesellschaft. Von der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt.

B. - Die kantonale Aufsichtsbehörde hat am 30. August 1929 die gegen die Firma R. Kümmel & Cie gerichteten Betreibungen aufgehoben, darunter auch eine noch im Dezember 1928 angehobene.

C. - Gegen diesen Entscheid haben die Gläubiger der letztgenannten Betreuung und ein weiterer Gläubiger den Rekurs an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Die Vorinstanz hat gestützt auf die gemachten Erhebungen über Art und Umfang des Geschäftsbetriebes der betriebenen Gesellschaft in Anwendung des Art. 552 Abs. 1 OR und des Art. 13 der Handelsregisterverordnung gefunden, dass die betriebene Gesellschaft nicht ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betriebe bzw. betrieben habe, daher nur durch Eintragung in das Handelsregister hätte Kollektivgesellschaft werden können

und mangels einer derartigen Eintragung einfache Gesellschaft geblieben sei, die als solche nicht betrieben werden könne. Damit hat die Vorinstanz für die Betreibungsbehörden die Entscheidung über eine Frage in Anspruch genommen, die mit derjenigen zusammenfällt, zu welcher eigentlich die Handelsregisterbehörden berufen sind. Denn durch

Seite: 149

Art. 552 Abs. 2 OR werden die Gesellschafter, welche unter einer gemeinsamen Firma ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe ohne kommanditenmässige Haftungsbeschränkung betreiben, verpflichtet, die Gesellschaft als Kollektivgesellschaft in das Handelsregister eintragen zu lassen, und die Art. 864 OR und 26 der Handelsregisterverordnung schreiben den Handelsregisterbehörden vor, gegebenenfalls die Eintragungspflicht zur Geltung zu bringen in einem von Amtes wegen zu eröffnenden raschen Verfahren, das letzten Endes auf zwangsweise Eintragung hinausläuft (neuerdings freilich der Garantie der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde an das Bundesgericht unterstellt ist, vgl. Art. 1 Abs. 2 des Anhangs zum Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege). Somit wären einzig die Handelsregisterbehörden berufen gewesen, die von der Vorinstanz entschiedene Streitfrage in für die Eintragung im Handelsregister verbindlicher Weise zu beurteilen, sobald sich beim Handelsregisterführer von Zürich der Verdacht verdichtet hätte, dass Kümmel und Kaegi unter der Firma R. Kümmel & Cie ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben und daher verpflichtet seien, ihre Gesellschaft als Kollektivgesellschaft in das Handelsregister eintragen zu lassen, oder sobald auch nur ein Dritter, z. B. einer der betreibenden Gläubiger, mit dieser Begründung die Eintragung einer Kollektivgesellschaft R. Kümmel & Cie verlangt hätte (vgl. Art. 26 der Handelsregisterverordnung). Im allgemeinen steht es ja nun freilich einer Behörde frei, Fragen, zu deren Beurteilung ihr die Zuständigkeit an sich fehlt, doch als Präjudizialfragen zu entscheiden, sofern die Lösung der zur Entscheidung stehen den Hauptfrage eine Stellungnahme zu einer derartigen Präjudizialfrage erheischt. Da jedoch solchen Entscheidungen über Präjudizialfragen natürlich keine Rechtskraft zukommen kann, so ist mit der Möglichkeit zu rechnen,

Seite: 150

dass sie in Widerspruch geraten werden zu der Entscheidung, welche die dafür eigentlich zuständige Behörde künftig treffen wird, wenn einmal die gleiche Streitfrage, nun aber als Hauptfrage, vor sie gebracht wird. Derartige Widersprüche können von vorneherein dadurch vermieden werden, dass Präjudizialfragen vor die zu ihrer massgebenden Beurteilung berufenen Behörden verwiesen werden, sobald nicht erhebliche Bedenken dagegen sprechen, das Verfahren zu diesem Zweck auszusetzen. Solche Bedenken sind hier nicht ersichtlich. Das Verfahren vor den Handelsregisterbehörden ist ein rasches - abgesehen von der verhältnismässig langen Frist für die verwaltungsgerichtliche Beschwerde an das Bundesgericht -, und es ist von Amtes wegen durchzuführen, sodass also die Verweisung direkt erfolgen kann und nicht etwa dem einen oder anderen Beteiligten zunächst eine Frist angesetzt zu werden braucht, binnen der er weitläufige und kostspielige Rechtsvorkehren treffen müsste. Andererseits werden die vorliegenden Beschwerden, mindestens in dem einen Beschwerdepunkte, durch die Entscheidung über die Präjudizialfrage nach der Eintragungspflicht ohne weiteres erledigt, indem durch die Verneinung der Eintragungspflicht ohne weiteres auch das Bestehen einer betreibbaren (passiv betriebsfähigen) Gesellschaft verneint würde, und umgekehrt. Namentlich wird einer Entscheidung der Handelsregisterbehörden nicht etwa der Umstand entgegenstehen, dass die Gesellschaft sich bereits im Liquidationsstadium befindet. Denn die Eintragungspflicht würde hiedurch nicht berührt werden, solange die Liquidation nicht beendet worden ist, da erst dann die Löschung vorgenommen werden könnte. Endlich hatte das Liquidationsstadium schon vor der Anhebung der frühesten der streitigen Betreibungen begonnen, sodass also die gegenwärtigen tatsächlichen Verhältnisse, die für die Entscheidung der Handelsregisterbehörden massgebend sein werden, nicht etwa andere sind als diejenigen, welche für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerden in Betracht kommen.

Seite: 151

Ja die Verweisung der Frage nach der Eintragungspflicht vor die Handelsregisterbehörden erscheint geradezu geboten, da nur auf diesem Wege der gesetzlichen Ordnung der Zwangsvollstreckung gegen Kollektivgesellschaften Nachachtung verschafft werden kann. Aus Art. 552 (Abs. 2 und 3) OR in Verbindung mit Art. 39 SchKG ergibt sich, dass die Kollektivgesellschaften ausnahmslos der Konkursbetreibung unterworfen werden wollen, was darauf hinausläuft, dass es einzelnen Gläubigern verwehrt werden soll, anderen durch Pfändung einen Teil des haftbaren Gesellschaftsvermögens vorwegzunehmen. Um dies zu erreichen, ist erforderlich, dass, sobald Betreibung gegen eine nicht im Handelsregister eingetragene Gesellschaft angehoben wird, spätestens aber, sobald sie fortgesetzt

werden will, das Betreibungsamt entweder die Frage nach der Eintragungspflicht den Handelsregisterbehörden vorlegt oder aber ablehnt, dem Begehren Folge zu geben. Letzteres kann freilich nur dann gerechtfertigt werden, wenn dem Betreibungsamt zuverlässig bekannt ist, dass die betriebene Gesellschaft kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, weil eine solche Gesellschaft nur durch die Eintragung im Handelsregister die für die Betreibbarkeit (passive Betreuungsfähigkeit) unerlässliche (Quasi-) Rechtspersönlichkeit hätte erlangen können. Andernfalls steht dem Betreibungsamt kein Grund zur Seite, um die Betreuung (Fortsetzung) überhaupt zu verweigern, sondern soll es vorderhand nur ablehnen, dem Fortsetzungsbegehren durch Pfändung Folge zu geben, statt dessen aber bei den Handelsregisterbehörden die Frage nach der Eintragungspflicht anhängig machen, von deren Entscheidung dann abhängt, ob die Betreuung überhaupt fortgesetzt werden kann (ja ob sie mit Fug angehoben wurde) oder nicht, wobei ersterenfalls als Massnahme der Fortsetzung nurmehr die Konkursandrohung in Betracht kommen kann. In diesem Sinne ist die von Art. 29 der Handelsregisterverordnung bezüglich Löschungen und Änderungen von bereits bestehenden Eintragungen

Seite: 152

aufgestellte Vorschrift, dass Gerichte und Verwaltungsbehörden gehalten sind, von Zuwiderhandlungen dem Registerführer Kenntnis zu geben, für die Betreibungsbehörden auf den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Eintragungspflicht auszudehnen. Nachdem schon das Betreibungsamt und hernach im Beschwerdeverfahren auch die Aufsichtsbehörden nicht derart vorgegangen sind, ist die Sache zur Einholung einer Entscheidung der Handelsregisterbehörden über die Eintragungspflicht und, gestützt darauf, neuer Beurteilung der Beschwerden an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei im Falle der Bejahung der Eintragungspflicht nurmehr über den Beschwerdepunkt der mangelhaften Zustellung zu entscheiden wäre. Damit erledigt sich Ziffer 9 der Rekurschrift ohne weiteres.

Sache der Vorinstanz bzw. ihres Präsidenten wird es sein, darüber zu befinden, ob die seinerzeit angeordnete aufschiebende Wirkung der Beschwerde auch während der Aussetzung des Beschwerdeverfahrens aufrecht bleiben oder ob mindestens Notverkäufe gemäss Art. 124 Abs. 2 SchKG zugelassen werden sollen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Der Rekurs wird dahin begründet erklärt, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung zurückgewiesen wird