

S. 132 / Nr. 35 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 56 III 132

35. Entscheid vom 11. September 1933 i. S. Kümmeel & Cie.

Regeste:

Eine zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtete Kollektivgesellschaft kann nur auf Konkurs betrieben werden; eine Fortsetzung der Betreibung auf dem Weg der Pfändung ist

Seite: 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 letztern 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 escussa se non in via di fallimento. Anche prima dell'iscrizione a 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 a 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 del liquidatore e di trasmetterli a quest'ultimo (art. 47 e 65 LEF (consid. 2)).

A. – Reinhold Kümmeel und J. Kägi betrieben seit dem 1. Juni 1928 unter der Firma «R. Kümmeel & 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. Viel als Liquidator; auch dies wurde im Handelsregister nicht eingetragen. In mehreren gegen die Firma R. Kümmeel & Cie angehobenen und fortgesetzten Betreibungen wurden die Betreibungsurkunden nach wie vor an R. Kümmeel zugestellt. Nachdem im März und April

Seite: 134

je eine Pfändung vollzogen worden war, an denen weitere Gläubiger teilnahmen, führte am 31. Mai auf die Mitteilung eines Verwertungsbegehrens hin ein Rechtsanwalt für «Kümmeel & Cie in Liq.», «speziell namens und im Auftrag des Gesellschafters Reinhold Kümmeel» 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. Kümmeel & 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. Kümmeel & 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.

C. – 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

Seite: 135

überhaupt nur auf Pfändung betrieben werden könne. Dem kann jedoch nicht beigespflichtet 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. Andernfalls bestünde ja die Möglichkeit, dass eine Kollektivgesellschaft, 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 vorgängig ihrer Betreibung die Eintragung der Gesellschaft durchsetzen würden. Dieses Ergebnis wollte aber das Gesetz gerade verhindern. Es steht auf dem Standpunkt,

Seite: 136

dass eine eintragungspflichtige Gesellschaft nur der Generalexekution 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 Pfändungsbegehren gegenüber einer nichteingetragenen Gesellschaft erhalte, verpflichtet, die Frage der Eintragungspflicht 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 dadurch, dass es gegenüber einer Kollektivgesellschaft Pfändungen ausführte, ohne vorher die Eintragungspflicht des Schuldners feststellen zu lassen, einer ihm im öffentlichen 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 Pfändungsankündigungen und Pfändungsurkunden vorschriftsgemäss 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 noch auf den Einwand der Rekurrenten einzugehen, der Liquidator Viel sei gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, sodass die Zahlungsbefehle nicht dem Gesellschafter Kümmel am Gesellschaftssitz zu Händen des Liquidators, sondern dem Liquidator selbst und zwar an seinem persönlichen Domizil hätten zugestellt werden sollen. Mit Recht hat aber die

Seite: 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 Richter 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 vorliegenden Fall ist Viel übrigens gemäss der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz kraft Einigung der beiden Gesellschafter als Liquidator bestellt worden und muss schon deswegen als vertraglicher Liquidator betrachtet werden. – Massgebend für die Bestimmung des Betreibungsortes ist daher nicht Art. 47, sondern Art. 46 Abs. 2 SchKG. Der Sitz der betriebenen Gesellschaft befand sich aber unbestrittenermassen im Betreibungskreis Zürich 3. An diesem Sitz wurde weder durch den Liquidationsbeschluss noch dadurch etwas geändert, dass die Gesellschaft keinerlei Geschäfte mehr tätigte. Unerheblich ist auch, dass die Befugnis, die Gesellschaft nach aussen zu vertreten, nur noch dem Liquidator zustand. Auch die in Liquidation stehende Gesellschaft hat ihren eigenen, von demjenigen der Liquidatoren unabhängigen Sitz, und zwar ist dies der ursprüngliche Gesellschaftssitz, solange nicht

eine Änderung im Handelsregister eingetragen wird.

Und wenn nun der Liquidator nicht persönlich am Gesellschaftssitz getroffen wurde, so konnten die Betreuungsurkunden zu seinen Händen gültig auch dem Teilhaber Kümmerl übergeben werden: Art. 65 Abs. 2 SchKG. Auch wenn sie nach aussen 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 letztern zu übergeben.

Seite: 138

Demnach erkennt die Schuldbetr.- 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