

S. 83 / Nr. 24 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 72 III 83

24. Entscheid vom 24. September 1946 i. S. Erwerbsausgleichskasse des Kantons Zürich.

Seite: 83

Regeste:

Für Forderungen, die erst nach der Konkurseröffnung entstanden sind, kann der Gemeinschuldner schon während des Konkursverfahrens betrieben werden (Art. 206 SchKG; Änderung der Rechtsprechung).

Was der Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens durch seine persönliche Tätigkeit erwirbt, gehört nicht zur Konkursmasse (Art. 197 SchKG).

Les créances qui ont pris naissance depuis l'ouverture de la faillite peuvent faire l'objet d'une poursuite contre le failli même pendant la procédure de faillite (art. 206 LP; changement de jurisprudence).

Ce que le failli se procure par son activité durant la procédure de faillite ne rentre pas dans la masse (art. 197 LP).

Per i crediti nati dopo l'apertura del fallimento può essere promossa esecuzione contro il fallito anche durante la procedura fallimentare (art. 206 LEF; cambiamento di giurisprudenza).

Quanto il fallito guadagna con la sua attività durante la procedura fallimentare non fa parte della massa (art. 197 LEF).

Am 1. Dezember 1943 fiel Otto Hörnlimann, damals Inhaber einer Reitanstalt mit Pferdehandlung, in Konkurs. Während der Dauer des Konkursverfahrens, das heute noch hängig ist, eröffnete er eine Brennstoffhandlung. Am 5. März 1946 stellte die Rekurrentin gegen ihn ein Betreibungsbegehren für den Betrag von Fr. 1158.30, den sie unter dem Titel « Lohn- und Verdienstersatzbeiträge Dezember 1943 bis Dezember 1945 inkl. Mahngebühr vom 25. 1. 46 » von ihm forderte. Unter Hinweis auf das hängige Konkursverfahren weigerte sich das Betreibungsamt, diesem Begehren Folge zu geben. Hiegegen führte die Rekurrentin Beschwerde mit dem Antrage, das Betreibungsamt sei anzuweisen, ihr Begehren zu vollziehen. Von der kantonalen Aufsichtsbehörde mit Entscheid vom 9. Juli 1946 abgewiesen, erneuert sie vor Bundesgericht ihren Beschwerdeantrag.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Einem Entscheid des Bundesrates vom Jahre 1895 folgend (Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs

Seite: 84

5 Nr. 29 S. 79 f.), hat das Bundesgericht in BGE 35 I 788 ff. (Sep. ausg. 12 S. 246 ff.) und 50 III 35 ff. erklärt, Art. 206 SchKG spreche ein absolutes Verbot der Einleitung neuer Betreibungen gegen den Gemeinschuldner während der Konkurshängigkeit aus; verboten sei die Einleitung einer neuen Betreibung also nicht nur für Forderungen, die vor der Konkurseröffnung begründet worden waren, sondern auch für erst nach diesem Zeitpunkt entstandene Forderungen. Einzig Betreibungen auf Verwertung von Pfändern, die als Eigentum von Dritten nicht zur Konkursmasse gehören, können nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts auch während des Konkursverfahrens durchgeführt werden (BGE 23 I 347 und bereits zit. Entscheide). Da keine solche Betreibung vorliegt, ist der Rekurs abzuweisen, wenn man an der bisherigen Auslegung von Art. 206 SchKG festhalten will. Die Tragweite dieser Vorschrift ist jedoch neu zu prüfen.

2. Den Gläubigern, deren Forderungen vor der Konkurseröffnung begründet worden sind, dient nach Art. 197 Abs. 1 SchKG die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung. Dem entspricht es, dass sie für ihre Forderungen während der Dauer des Konkursverfahrens nicht gesondert Befriedigung suchen dürfen. Es steht daher ausser Zweifel, dass es nach Art. 206 SchKG verboten ist, vor der Konkurseröffnung entstandene Forderungen gegen den Gemeinschuldner während der Konkurshängigkeit in Betreibung zu setzen. Eine Ausnahme hievon ist wie bisher nur für den Fall zu machen, dass für die Forderung ein Pfand haftet, das im Eigentum eines Dritten steht und daher nicht zur Konkursmasse gehört; die Betreibung auf Verwertung eines solchen Pfandes muss, wie in Art. 89 VZG für das im Dritteigentum stehende Grundpfand ausdrücklich vorgeschrieben ist, auch während der Konkurshängigkeit möglich sein, da es nicht im Konkurs verwertet werden kann

Seite: 85

3. Die erst nach der Konkurseröffnung entstandenen Forderungen gegen den Gemeinschuldner können im Konkurs nicht geltend gemacht werden. Ihre Gläubiger können daher nicht aus der

Konkursmasse, sondern höchstens aus den konkursfreien Aktiven des Gemeinschuldners Bezahlung erlangen.

Ausser dem Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört, ist nun gemäss Art. 197 Abs. 2 SchKG auch solches Vermögen zur Konkursmasse zu ziehen, das ihm vor Schluss des Konkursverfahrens « anfällt ». Der Ausdruck, dass jemandem ein Vermögenswert « anfalle », bezeichnet nach allgemeinem Sprachgebrauch einen Vermögenserwerb, der nicht auf die persönliche Tätigkeit des Erwerbers zurückzuführen ist. Was der Schuldner während der Dauer des Konkursverfahrens durch seine persönliche Tätigkeit erwirbt, fällt also nach dem Wortlaut von Art. 197 SchKG nicht in die Masse. Dagegen gehört dazu alles (Netto-)Vermögen, das während dieser Zeit auf andern Wege, z. B. durch Erbgang, Schenkung, Lotterietreffer, in seinen Besitz gelangt.

Für diese Auslegung sprechen auch die Gesetzesmaterialien. Der Heusler'sche Entwurf vom Juli 1869 bestimmte in § 110 ausdrücklich: « Was der Gemeinschuldner von der Konkurseröffnung an durch seine Arbeit erwirbt, fällt nicht in die Konkursmasse, wohl aber was ihm während der Liquidation durch Erbschaft, Vermächtnis oder Schenkung zufällt. » Der bundesrätliche Entwurf vom 23. Februar 1886 sagte demgegenüber an der entsprechenden Stelle (Art. 207 Abs. 2) nur noch: « Vermögen, das dem Gemeinschuldner erbrechtlich vor der Beendigung des Konkursverfahrens anfällt, gehört zur Konkursmasse » (BBl 1886 II 139). Dazu bemerkte die vom genferischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzte Kommission, es sollten nicht nur die Erbschaften, sondern alle Vermögenswerte, die dem Gemeinschuldner unter irgend einem Titel anfallen, zur Masse gezogen werden.

Seite: 86

(Bericht vom 3. Mai 1886, S. 28). Bundesrat Ruchonnet erklärte darauf in der ständerätlichen Kommission, man habe von der Konkursmasse lediglich ausschliessen wollen, was der Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens verdiene (gagne). Er schlug vor, die fragliche Bestimmung dahin zu fassen, dass Vermögen, welches dem Gemeinschuldner auf andere Weise als durch seine Arbeit anfalle (biens qui lui échoient autrement que par son travail), zur Masse gehöre. Der Vorsitzende, Ständerat Hoffmann, erwiderte, der Ausschluss des Arbeitslohnes sei schon in dem Worte « anfällt » ausgedrückt; somit könnte man in Art. 207 einfach das Wort « erbrechtlich » streichen. So wurde beschlossen (Auszug aus dem Protokoll der ständerätlichen Kommission S. 119). Im Bericht der ständerätlichen Kommission vom 13. November 1886 wird bestätigt, dass man damit der Sache nach zum Heusler'schen Entwurf zurückkehren wollte (BBl 1886 III 897). In der Fassung, die ihr die ständerätliche Kommission verlieh, ist die erwähnte Bestimmung, von geringfügigen redaktionellen Änderungen abgesehen, Gesetz geworden. Es ist also der klare Wille des Gesetzgebers, dass während der Konkurshängigkeit erworbenes Vermögen, dessen Erwerb der Gemeinschuldner nicht seiner persönlichen Tätigkeit verdankt, zur Masse zu ziehen ist, dass jedoch vom Konkursbeschluss frei bleiben soll, was der Gemeinschuldner während dieser Zeit durch solche Tätigkeit erwirbt.

Dem Gemeinschuldner nicht « angefallen », sondern durch seine persönliche Tätigkeit erworben ist nicht etwa nur sein Arbeitslohn, sondern auch jedes andere von ihm erzielte Erwerbseinkommen wie z. B. der Handelsgewinn, und zwar kann der Gemeinschuldner über sein Erwerbseinkommen auch insoweit frei verfügen, als es seinen Notbedarf übersteigt. Eine andere Auffassung wäre mit dem Wortlaut von Art. 197 Abs. 2 SchKG unverträglich. Um das den Notbedarf übersteigende Erwerbseinkommen zur Masse zu ziehen, wäre ausserdem eine genaue

Seite: 87

Überwachung der gesamten Erwerbstätigkeit des Gemeinschuldners während des Konkursverfahrens erforderlich, wie sie die Konkursverwaltung gar nicht durchführen könnte und der Gemeinschuldner auch nicht zu dulden brauchte.

Dem Gemeinschuldner stehen also unter Umständen bereits während der Dauer des Konkursverfahrens Mittel zur Verfügung, die über das zum Lebensunterhalt Notwendige erheblich hinausgehen. Es wäre daher überaus stossend, wenn die Gläubiger von Forderungen, die seit der Konkurseröffnung entstanden sind, keine Möglichkeit hätten, den Gemeinschuldner schon während des Konkursverfahrens zu betreiben. Die Folge davon wäre, dass der Gemeinschuldner Gläubiger, die mit dem Konkurs nichts zu tun haben, bis nach Schluss des Konkursverfahrens (also unter Umständen jahrelang) hinhalten könnte, auch wenn er sie aus seinen konkursfreien Aktiven sofort zu befriedigen vermöchte. Dies kann nicht die Meinung des Gesetzes sein. Das im zweiten Untersatze von Art. 206 SchKG ausgesprochene Verbot der Einleitung neuer Betreibungen während der Konkurshängigkeit ist deshalb einschränkend dahin auszulegen, dass nur Betreibungen für Forderungen, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind, darunter fallen. Diese Einschränkung liegt umso näher, als sich nach der Natur der Sache auch die im ersten Untersatze von Art. 206 enthaltene Vorschrift, wonach alle gegen den Gemeinschuldner anhängigen Betreibungen aufgehoben

sind, nur auf Betreibungen für solche Forderungen beziehen kann.

4. Gegen diese Auslegung wurde in den eingangs zitierten Entscheiden nicht nur eingewendet, sie sei mit dem Gesetzeswortlaut unverträglich, was nach dem Gesagten nicht der Fall ist, sondern es wurde dagegen ausserdem noch angeführt, es ergebe sich aus der Natur des Konkursverfahrens und habe deshalb nicht besonders gesagt werden müssen, dass für Schulden, die vor der Konkurseröffnung begründet worden waren, keine neue

Seite: 88

Betreibung eingeleitet werden könne (Archiv 5 S. 79, BGE 50 III 37); der Verdienst, den der Gemeinschuldner während des Konkurses erziele, bilde sein letztes Auskunftsmittel und müsse ihm ermöglichen, seine wirtschaftliche Existenz neu aufzubauen (Archiv 5 S. 80, BGE 50 III 36); könnte der Gemeinschuldner schon während des Konkursverfahrens betrieben werden, so müsste ihm auch gestattet werden, eine Insolvenzerklärung abzugeben und so die Eröffnung eines zweiten Konkurses vor Abschluss des ersten zu bewirken, was das Gesetz habe verhindern wollen (Archiv 5 S. 80, BGE 35 I 790 = Sep.-Ausg. 12 S. 248, 50 III 37); nach dem System des Gesetzes seien überdies die Betreibungsbehörden nicht berufen zu prüfen, wann die in Betreibung gesetzte Forderung entstanden sei, und davon, ob der Schuldner Recht vorschlage oder nicht, dürfe es schon im Hinblick auf die übrigen Gläubiger nicht abhängig gemacht werden' ob eine während des Konkursverfahrens angehobene Betreibung durchgeführt werden könne oder nicht (BGE 50 III 37). Den Nachteilen, die das absolute Verbot der Einleitung neuer Betreibungen während der Konkurshängigkeit den neuen Gläubigern des Gemeinschuldners bringt, wurde deswegen kein entscheidendes Gewicht beigemessen, weil der Dritte, der mit dem Gemeinschuldner Geschäfte schliesse, durch entsprechende Vorsichtsmassnahmen dafür sorgen könne, dass seine Interessen auch ohne Betreibung gewahrt seien (BGE 35 I 790 = Sep.-Ausg. 12 S. 248, 50 III 37).

Eine Vorschrift, welche die Einleitung neuer Betreibungen während der Dauer des Konkursverfahrens ausdrücklich verbietet, hat jedoch auch dann ihren guten Sinn, wenn dieses Verbot nur die Betreibungen für Forderungen trifft, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind. Mag sich schon aus der Natur des Konkursverfahrens ergeben, dass eine Spezialexécution für solche Forderungen nach der Konkurseröffnung nicht mehr statthaft ist, so empfahl sich doch im Interesse der Klarheit, das in einer besondern Bestimmung zu sagen.

Seite: 89

Die Möglichkeit, schon während des Konkursverfahrens eine neue Existenz aufzubauen, wird dem Gemeinschuldner dadurch gewährleistet, dass die Gläubiger, deren Forderungen vor der Konkurseröffnung entstanden sind, nicht auf die Mittel greifen können, die der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung durch seine persönliche Tätigkeit erwirbt, selbst wenn sie seinen Notbedarf übersteigen. Wäre der Zugriff auf diese Mittel bis zum Schluss des Konkursverfahrens auch den neuen Gläubigern verwehrt, sodass der Gemeinschuldner während dieses Verfahrens seine neuen Schulden nicht zu zahlen brauchte, auch wenn er es könnte, so wäre seine neue Existenz von Anfang an auf eine ungesunde Grundlage gestellt. Durch eine solche Regelung würde einer unsoliden Geschäftsgebarung Vorschub geleistet und überdies der Kredit des neuen Unternehmens geschwächt. Während des Konkursverfahrens gegen Betreibungen für neue Forderungen geschützt zu sein, wäre für den Gemeinschuldner aber auch schon deshalb nur scheinbar von Vorteil, weil damit zu rechnen wäre, dass die neuen Forderungen, die während des Konkurses nicht in Betreibung gesetzt werden konnten, sogleich nach dessen Abschluss miteinander geltend gemacht würden. Die in Art. 265 Abs. 2 und 267 SchKG vorgesehene Beschränkung des Rechtes, nach Konkurschluss eine neue Betreibung anzuheben, gilt unzweifelhaft nur für Forderungen, die vor der Konkurseröffnung begründet worden waren.

Während der Dauer des Konkursverfahrens eine Insolvenzerklärung abzugeben, kann sich der Gemeinschuldner nicht nur unter dem Druck einer neuen Betreibung, sondern auch sonst veranlasst sehen. Das absolute Verbot, ihn während der Konkurshängigkeit zu betreiben, lässt sich also nicht damit begründen, dass sich dadurch der Ausbruch eines zweiten Konkurses vor Abschluss des ersten verhüten lasse.

Ob eine Betreibung gegen Art. 206 SchKG verstosse oder nicht, haben, wie in BGE 50 III 37 angenommen, grundsätzlich die Betreibungsbehörden zu entscheiden.

Seite: 90

Wird davon ausgegangen, dass jene Bestimmung neue Betreibungen nur für « alte » Forderungen verbiete, so haben demnach die Betreibungsbehörden, wenn während des Konkursverfahrens eine Betreibung gegen den Gemeinschuldner angehoben wird, die Frage zu prüfen, ob die in Betreibung gesetzte Forderung vor oder nach der Konkurseröffnung begründet worden sei. Damit wird ihnen nicht eine Aufgabe gestellt, die ihre gesetzliche Zuständigkeit überschritte. Über Bestand und Fälligkeit der

Forderung sowie darüber, ob der Gläubiger das Recht habe, sie zwangsweise einzutreiben, hat auch bei solchen Betreibungen nach erfolgtem Rechtsvorschlag der Richter zu entscheiden. Die Betreibungsbehörden haben bei der Anwendung von Art. 206 SchKG lediglich zu untersuchen, ob die Forderung, ihre Existenz vorausgesetzt, vor oder nach der Konkurseröffnung entstanden sei. Die Prüfung dieser Frage, die in der Regel einfach zu beantworten sein wird, darf ihnen unbedenklich zugemutet werden.

Durch geeignete Vorkehrungen dafür zu sorgen, dass ihre Interessen auch ohne Betreibung gewahrt bleiben, ist übrigens allen denen unmöglich, die nicht durch Vertrag, sondern auf anderem Wege Gläubiger des Gemeinschuldners werden. In dieser Lage befinden sich u. a. die Alimentengläubiger, die Gläubiger aus unerlaubter Handlung oder aus Kausalhaftung, der Steuerfiskus, die SUVAL, die Erwerbsausgleichskassen. Aber auch von denjenigen, die mit dem Gemeinschuldner Verträge abschliessen, darf nicht ohne weiteres erwartet werden, dass sie Vorsichtsmassnahmen der erwähnten Art treffen.

Die Argumente, mit denen die bisherige Rechtsprechung ihre Auffassung begründet hat, sind also nicht stichhaltig und vermögen die in Erwägung 3 gezogene Schlussfolgerung, dass nur Betreibungen für « alte » Forderungen unter das Verbot des Art. 206 SchKG fallen, nicht zu widerlegen.

Gegen diese Annahme lässt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nichts ableiten. In den

Seite: 91

ersten Entwürfen war überhaupt nur gesagt, dass die gegen den Gemeinschuldner laufenden Betreibungen mit der Konkurseröffnung dahinfallen. Eine Bestimmung des Inhalts, dass nach Eröffnung des Konkurses keine Betreibungen mehr eingeleitet werden dürfen, findet sich erstmals im Entwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 11. November 1885 (Art. 204). Diese Vorschrift ist in der Folge nicht weiter erörtert worden.

Für Forderungen, die erst nach der Konkurseröffnung entstanden sind, kann also der Gemeinschuldner schon während des Konkursverfahrens betrieben werden. Gegenstand der Vollstreckung bildet dabei, was der Gemeinschuldner seit der Konkurseröffnung durch seine persönliche Tätigkeit erworben hat bzw. erwirbt, soweit ihm diese Vermögenswerte nicht gemäss Art. 92 und 93 SchKG zu belassen sind.

5. Wie schon gesagt, haben die Betreibungsbehörden darüber zu befinden, ob eine während des Konkursverfahrens in Betreibung gesetzte Forderung vor oder nach der Konkurseröffnung entstanden, und ob die Betreibung demgemäss zu verbieten oder zu gestatten sei. Das Betreibungsamt hat dabei auf die Angaben des Gläubigers über den « Grund der Forderung » und das « Datum der Ausstellung der Schuldkunde » abzustellen. Geht daraus hervor, dass die Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden ist, oder lässt sich daraus nicht auf ihre Entstehungszeit schliessen und gibt der Gläubiger dem Amte über diesen Punkt trotz Aufforderung hiezu keine nähere Auskunft, so ist das Betreibungsbegehren zurückzuweisen. Ist dagegen nach den Angaben des Gläubigers anzunehmen, dass die Forderung erst nach der Konkurseröffnung begründet worden sei, so ist der Zahlungsbefehl zu erlassen.

Gegen den Nichtvollzug des Betreibungsbegehrens kann der Gläubiger, gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls der Schuldner Beschwerde führen. Ergibt sich nicht ohne weiteres schon aus der Bezeichnung der Forderung, wann

Seite: 92

sie (ihre Existenz vorausgesetzt) entstanden ist, so hat die Aufsichtsbehörde über den Zeitpunkt ihrer Entstehung die nötigen Erhebungen zu machen. Sie wird sich dabei in erster Linie zu erkundigen haben, ob die Forderung etwa schon im Konkurs angemeldet oder gar als Konkursforderung zugelassen sei. Unter Umständen wird sie ihren Entscheid auch aussetzen und, wenn das Betreibungsamt bereits den Zahlungsbefehl erlassen hat, der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilen können, bis der Gläubiger seine Forderung im Konkurs angemeldet hat und darüber entschieden ist, ob sie dort zugelassen wird.

Da es bei dieser Regelung des Verfahrens in vielen Fällen vom Schuldner abhängt, ob die Aufsichtsbehörde Gelegenheit erhält, die Zulässigkeit der nach der Konkurseröffnung angehobenen Betreibungen zu prüfen, so ist möglich, dass während des Konkursverfahrens eine Betreibung zur Durchführung gelangt, die sich auf eine vor der Konkurseröffnung entstandene Forderung bezieht. Hiedurch wird wohl der Schuldner, der die Beschwerde unterlassen hat, benachteiligt, nicht aber die Konkursgläubiger. Diese können im Gegenteil auf eine höhere Dividende rechnen, wenn ein Gläubiger, der Befriedigung aus der Konkursmasse beanspruchen könnte, sich aus konkursfreien Aktiven des Gemeinschuldners bezahlt macht. Im übrigen kann auf keinen Fall verhindert werden, dass der Gemeinschuldner eine vor der Konkurseröffnung entstandene Forderung während des Konkursverfahrens aus solchen Aktiven freiwillig bezahlt. Ob er sich für eine derartige Forderung

betreiben lässt oder sie von sich aus bezahlt, macht aber im Ergebnis keinen Unterschied aus. Für die Aufsichtsbehörden besteht daher kein Anlass, nach der Konkurseröffnung eingeleitete Betreibungen, die gegen Art. 206 SchKG verstossen, von Amtes wegen aufzuheben.

Wird eine vor der Konkurseröffnung entstandene Forderung während des Konkursverfahrens eingetrieben, so gereicht dies ausser dem Schuldner höchstens noch den

Seite: 93

neuen Gläubigern desselben zum Nachteil. Die Interessen dieser Gläubiger werden jedoch dadurch hinreichend gewahrt, dass ihnen bei ungenügendem Ergebnis der während des Konkursverfahrens eingeleiteten Betreibungen die Möglichkeit eingeräumt wird, gegen die Gläubiger, die nach ihrer Auffassung den Gemeinschuldner gemäss Art. 206 SchKG nicht hätten betreiben dürfen, Kollokationsklage zu erheben (Art. 148 SchKG). Der Richter ist befugt, im Streit über die Kollokation einer Forderung die Frage, ob diese während des Konkursverfahrens habe in Betreibung gesetzt werden dürfen, als Vorfrage selber zu beantworten, sofern hierüber nicht bereits im Beschwerdeverfahren entschieden worden ist.

6. Im vorliegenden Falle steht ausser Zweifel, dass die Betreibungsforderung, soweit sie zu Recht besteht, erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und das Betreibungsamt Zürich 3 angewiesen, das von der Rekurrentin am 5. März 1946 gestellte Betreibungsbegehren gegen Otto Hörnlimann zu vollziehen