

der Betreibungsbeamte getan hat, daß nämlich nur bei der gesamthaften Hingabe aller Parzellen die sämtlichen Grundpfandschulden herausgeboten worden sein müssen.

4. Soweit die Steigerung hinsichtlich der andern Liegenschaften als resultatlos erklärt wurde, liegt eine Beschwerde nicht vor.

Das vor Bundesgericht noch gestellte Begehren um Rückweisung des Falles an die Vorinstanz zu neuer Behandlung wird mit den obigen Ausführungen gegenstandslos.

5. Wenn die Rekurrenten endlich noch geltend machen, der angefochtene Entscheid sei ihnen nicht schriftlich mitgeteilt, sondern nur mündlich, unter Vorlegung einer Ausfertigung, eröffnet worden, so bildet das keinen Rekursgrund für die Anfechtung des genannten Entscheides und ist für die Frage seiner Gültigkeit unerheblich. Ein besonderes Begehren um kostenlose Zustellung einer Ausfertigung stellen die Rekurrenten nicht und es wäre ein solches nach Art. 4 der bundesrätlichen Verordnung vom 24. Dezember 1892 (Archiv 2 Nr. 13) auch unbegründet.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und der Zuschlag der Liegenschaftsparzelle „Brunni“ aufgehoben, sodas sich die zweite Steigerung auf alle in Betreibung gesetzten Parzellen zu erstrecken hat.

43. Entscheid vom 23. März 1909 in Sachen C. F. Bally A.-G.

Art. 40 SchKG. Wechselbetreibung gegen eine Kollektivgesellschaft.

Art. 573 OR ist durch den für sämtliche im Handelsregister eingetragene Subjekte gültigen Art. 40 Abs. 1 SchKG aufgehoben worden.

A. Ende Juni 1908 löste sich die Kollektivgesellschaft C. Werenfels & Cie in Luzern, deren Mitglied der Rekursgegner Ernst Werenfels in Luzern war, auf, wobei der Rekursgegner laut Veröffentlichung des Auflösungsbeschlusses im Handelsregister vom 30. Juni 1908 die Aktiven und Passiven der Firma zu über-

nehmen erklärte. Am 31. Oktober 1908 erwirkte die Rekurrentin, C. F. Bally, A.-G., vom Betreibungsamt Luzern gegen die Firma C. Werenfels & Cie einen Zahlungsbefehl auf Wechselbetreibung (Betreibung Nr. 6812), der ohne Rechtsvorschlag blieb, worauf die Gläubigerin das Konkursbegehren stellte. Der Gerichtspräsident teilte alsdann der betriebenen Firma mit, daß der Konkurs eröffnet werde, wenn sie nicht binnen 2 Tagen über die Bezahlung oder Stundung der Wechselfchuld sich ausweise. Nunmehr verlangte der Rekursgegner Werenfels bei der kantonalen Aufsichtsbehörde die Aufhebung dieser „Konkursandrohung“, da die betriebene Firma erloschen und ihm, der ihre Aktiven und Passiven übernommen habe, eine Nachlassstundung gewährt sei. Die kantonale Aufsichtsbehörde erklärte am 30. November 1908 die Beschwerde begründet und hob die Betreibung gegen C. Werenfels & Cie auf. Diesen Entscheid zog die heutige Rekurrentin, C. F. Bally, A.-G., an das Bundesgericht weiter, das am 26. Dezember 1908 ihren Rekurs in dem Sinne gutieß, daß es den genannten Entscheid wegen Inkompetenz der Vorinstanz zu dessen Erlasse aufhob, mit der Begründung: Die „Konkursandrohung“ des Gerichtspräsidenten sei ein Akt des Konkursrichters und daher im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht aufhebbar; soweit aber die Betreibung in Betreibungshandlungen des Betreibungsamtes Luzern, namentlich dem Erlaß des Zahlungsbefehles, bestehe, sei nicht behauptet und noch weniger dargetan, daß sie vor der erstinstanzlichen Aufsichtsbehörde angefochten worden sei, und könne die obere Aufsichtsbehörde sie daher nicht aufheben.

B. Am 17. Februar 1909 eröffnete der Gerichtspräsident von Luzern auf Begehren der Rekurrentin über die Firma Werenfels & Cie. den Konkurs.

C. Am 20. Februar führte C. Werenfels beim Gerichtspräsidenten als unterer Aufsichtsbehörde Beschwerde mit dem Begehren: die ganze Betreibung gegen C. Werenfels & Cie (Nr. 6812) sei aufzuheben und dem Konkurserkennnis keine Folge zu geben. Zur Begründung wurde — wie vorher gegen das Konkursbegehren — geltend gemacht: Eine Wechselbetreibung müsse in jedem Stadium, auch nach der Konkursöffnung, aufgehoben werden, wenn feststehe, daß der Schuldner der Konkursbetreibung nicht unterliege

(wofür auf Archiv 2 Nr. 17 und 4 Nr. 138 verwiesen werde). In diesem Falle sei dem eröffneten Konkursverfahren keine Folge zu geben. Eine Konkursbetreibung gegen die Firma E. Werenfels & Cie sei aber hier nach der Übernahme ihrer Aktiven und Passiven durch den Beschwerdeführer laut Art. 573 OR nicht mehr statthaft und von da an die Anwendung des Art. 40 SchRG ausgeschlossen gewesen. In seinem Entscheide vom 26. Dezember 1908 habe sich das Bundesgericht nicht etwa materiell für die Zulässigkeit einer solchen Betreibung ausgesprochen.

Am 22. Februar erkannte der Gerichtspräsident, es werde auf die Beschwerde nicht eingetreten.

D. Gegen die beiden Schlussnahmen des Gerichtspräsidenten vom 17. und 22. Februar 1909 ergriff E. Werenfels die Weiterziehung an die kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, die am 2. März 1909 erkannte: 1. Auf die Beschwerde gegen die Konkursöffnung werde — weil sie sich gegen eine richterliche Verfügung richte — nicht eingetreten. 2. Die Beschwerde gegen das Erkenntnis vom 22. Februar 1909 sei begründet erklärt und demnach die Betreibung Nr. 6812 aufgehoben. In letzterem Punkte wird in den Erwägungen ausgeführt: E. Werenfels sei als gewesenes Mitglied der Kollektivgesellschaft E. Werenfels & Cie zur Beschwerde legitimiert. Er versuche auch nicht etwa, eine richterliche Verfügung durch eine Beschwerde anzufechten, da die Aufhebung der ganzen Betreibung verlangt werde. Der Bundesgerichtsentscheid vom 26. Dezember 1908 erlediige die vorliegende Beschwerde nicht, da er die Anfechtung der Betreibung Nr. 6812 durch Beschwerde nicht ausschliesse. Die letztere sei auch nicht verspätet, da eine Wechselbetreibung gegen einen der Konkursbetreibung nicht unterliegenden Schuldner in jedem Stadium von Amtes wegen aufgehoben werden müsse (Archiv 2 Nr. 17 und 4 Nr. 138; Jäger, Kommentar, Note 6 zu Art. 17, Note 11 zu Art. 38 und Note 1 in fine zu Art. 176 SchRG). In der Hauptsache sodann sei zu sagen, daß, wie sich aus Art. 573 OR ergebe, die Anwendung des Art. 40 SchRG auf die Kollektivgesellschaft die noch nicht erfolgte Verteilung des Gesellschaftsvermögens zur Voraussetzung habe, unter dem Begriff der Verteilung aber auch eine effektive, ernst gemeinte Veräußerung und

Übertragung des Geschäftes in Aktiven und Passiven an einen Gesellschafter falle (Schneider & Fick, Note 7 zu Art. 573 und Hafner, Note 3 dazu). Deshalb sei die am 31. Oktober 1908 gegen die nicht mehr existierende Firma E. Werenfels & Cie angehobene Wechselbetreibung von Anfang an unstatthaft gewesen und erweise sich somit auch die Fortsetzung des Konkursverfahrens gegen sie als unstatthaft. Andererseits sei eine Betreibung gegen den Beschwerdeführer als Rechtsnachfolger der genannten Gesellschaft wegen der ihm bewilligten Nachlassstundung unzulässig.

E. Diesen Entscheid hat nunmehr die Firma E. F. Bally, N.-G., rechtzeitig an das Bundesgericht weitergezogen und beantragt: er sei aufzuheben, die Wechselbetreibung vom 31. Oktober 1908 zu Kräften erkannt und das Konkurserkennntnis vom 17. Februar 1909 zu vollziehen; eventuell sei der angefochtene Entscheid wegen Inkompetenz der Aufsichtsbehörden, noch eventueller wegen mangelnder Legitimation des E. Werenfels zur Beschwerdeführung aufzuheben und habe es bei der Betreibung und der Konkursöffnung zu verbleiben und sei letztere zu vollziehen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Mit Unrecht hat sich der Rekursgegner E. Werenfels für seine Behauptung, die angefochtene Wechselbetreibung sei schlechthin ungültig und trotz Ablaufes der Beschwerdefrist von Amtes wegen aufzuheben, auf die Rechtsprechung (namentlich Archiv 2 Nr. 17) berufen, wonach bei Wechselbetreibungen, die gegen der Konkursbetreibung nicht unterliegende Schuldner angehoben werden, so verfahren und ein bereits erlassenes Konkurserkennntnis von den Aufsichtsbehörden als nicht vollziehbar erklärt wurde. Im Gegensatz zu diesen Fällen steht hier die Betreibungsart gar nicht in Frage. Der Rekursgegner behauptet nicht, daß die aufgelöste Kollektivgesellschaft — soweit noch betreibbar — statt auf Konkurs, auf Pfändung betrieben werden müßte, und er macht auch nicht etwa geltend, sie unterlege zwar der Betreibung auf Konkurs, doch fehle es an den Voraussetzungen für eine Wechselbetreibung. Beides wäre denn auch unzutreffend, da ja die schuldenrische Firma im Handelsregister eingetragen ist, wenn auch nunmehr als aufgelöste Gesellschaft, und da sich die in Betreibung

gesetzte Forderung auf einen Wechsel gründet. In Wirklichkeit stützt sich der Rekursgegner vielmehr darauf, daß die genannte Firma überhaupt nicht mehr betrieben werden könne, und zwar weil ihr Vermögen mit der Übernahme der Aktiven und Passiven durch den Rekursgegner verteilt sei und sie damit zu bestehen aufgehört habe, sodas eine Betreibung gegen sie schlechthin ungültig sei, weil sie sich gegen ein nicht bestehendes Rechtsobjekt richte.

2. Diese Auffassung erweist sich als rechtsirrtümlich:

Nach Art. 40 SchRG unterliegen die Personen, die im Handelsregister eingetragen waren, der Konkursbetreibung noch während sechs Monaten, nachdem die Streichung durch das schweizerische Handelsamtsblatt bekannt gemacht worden ist. Diese Bestimmung findet nach bestehender Praxis (Sep.-Ausg. 5 Nr. 48* und 6 Nr. 56**) auch auf Handelsgesellschaften, im besondern Kollektivgesellschaften, Anwendung. Obgleich die Kollektivgesellschaft mit ihrer Auflösung zu bestehen aufhört (vergl. Sep.-Ausg. 8 Nr. 61***), so kann sie trotzdem laut Art. 40 als Gesellschaft in Liquidation noch während sechs Monaten betrieben werden. Hier ist nun die Streichung der Firma E. Werensfels & Cie am 30. Juni 1908 bekannt gemacht worden, sodas die am 31. Oktober 1908 angehobene Betreibung noch in die sechsmonatliche Frist fällt und daher vom Standpunkte des SchRG aus gültig ist.

Demgegenüber wenden der Rekursgegner und die Vorinstanz ein, daß bereits am 30. Juni 1908, also vor ihrer Anhebung, der Rekursgegner Aktiven und Passiven der betriebenen Gesellschaft übernommen habe, daß darin eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens liege, und also die angehobene Konkursbetreibung nach Art. 573 OR unzulässig sei. Denn dieser gestatte nach der Auflösung der Kollektivgesellschaft ein Konkursverfahren über ihr Vermögen so lange, somit auch nur so lange, als die Verteilung nicht vollzogen sei.

Nun besteht aber, wie die Rekurrentin zutreffend anbringt, der Art. 573 OR nicht mehr zu Recht. Vielmehr ist er kraft des Sages *lex posterior derogat legi priori* durch den Art. 40 SchRG aufgehoben worden, mit dem er sich inhaltlich schlechthin nicht

vereinbaren läßt. Während dieser eine bestimmte Frist setzt, innert der die aufgelöste Gesellschaft noch der Konkursbetreibung unterliegt, würde die Zulässigkeit einer solchen Betreibung nach Art. 573 OR von der erfolgten Verteilung des Gesellschaftsvermögens und damit vom Willen der Gesellschafter abhängen und würde hierdurch jene Frist je nachdem verkürzt oder verlängert werden können. Eine solche Abänderung dieser ausdrücklich auf sechs Monate bestimmten Frist will aber Art. 40 nach seinem Wortlaute und klaren Sinne ausschließen. Was den Fall ihrer Verkürzung infolge vorheriger Verteilung anbelangt, läßt sich nicht etwa sagen, daß die Gläubiger nunmehr an der Konkursöffnung über die aufgelöste Gesellschaft kein Interesse mehr hätten. Vielmehr können sie auf diesem Wege allein dagegen auftreten, daß ihre Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen (Art. 566 OR) nicht durch eine unzulässige, namentlich nach den Art. 285 ff. SchRG anfechtbare Verteilung oder sonstige Entfremdung solchen Vermögens geschmälert werden.

3. Nach all dem ist die angefochtene Wechselbetreibung gültig und steht also auch der Vollziehung des in ihr ausgesprochenen Konkurserkennnisses kein Hindernis im Wege. Damit gelangt man zur Gutheißung des Hauptbegehrens des Rekurses, wodurch das eventuelle Begehren gegenstandslos wird. Die anderweitigen Gründe, die die Rekurrentin gegenüber der Beschwerde des Rekursgegners und dem Vorentscheide geltend macht, im besonderen die Bestreitung der Beschwerdelegitimation des Rekursgegners, können unerörtert bleiben.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird gutgeheißen und unter Aufhebung des Dispositives 2 des angefochtenen Entscheides vom 2. März 1909 die Betreibung Nr. 6812 als gültig und das Konkurserkennnis vom 17. Februar 1909 als vollziehbar erklärt.

* Ges.-Ausg. 28 I Nr. 70 S. 293 ff. — ** Id. 29 I Nr. 105 S. 505 ff. —
*** Id. 31 I Nr. 119 S. 713 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)