

behörden zum Zwecke der Aktenenergänzung an ihn richten, Folge zu leisten hat.

Hieraus folgert die Vorinstanz jedoch zu Unrecht, die Aufsichtsbehörden können das Eintreten auf eine Beschwerde in jedem Falle ablehnen, wenn der Beschwerdeführer einer solchen Aufforderung nicht nachkomme. Das trifft hinsichtlich der Vorlegung von Betreibungsurkunden, auf welche sich die Beschwerde bezieht, nicht zu. Die Betreibungsurkunden liegen im Original auf dem Betreibungsamte, stehen den Aufsichtsbehörden dort zur Verfügung und sind von ihnen in allen Fällen, in denen es notwendig ist, von Amtes wegen beizuziehen (vgl. BGE 37 I 426 Erw. 2 = SA XIV 214 Erw. 2). Die Vorlegung der Urkundenabschrift durch den Beschwerdeführer ist somit jedenfalls nicht notwendig, weshalb auch die Tatsache, dass er eine solche Aufforderung unbeachtet lässt, die Aufsichtsbehörde nicht berechtigt, seiner Beschwerde die materielle Behandlung zu versagen.

Darf die Aufsichtsbehörde aber die materielle Beurteilung nicht davon abhängig machen, ob der Beschwerdeführer ihrer Aufforderung, die Urkundenabschrift einzureichen, Folge leistet, so kann sie den Nichteintretensentscheid auch nicht darauf stützen, dass sie ihn dem Beschwerdeführer angedroht habe; diese Androhung war eben unzulässig.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Die Angelegenheit wird zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

35. Entscheid vom 11. September 1930

i. S. Kümme! & C^{ie}.

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

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 Kümme! und J. Kägi betrieben seit dem 1. Juni 1928 unter der Firma « R. Kümme! & C^{ie} » 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. Kümme! & C^{ie} angehobenen und fortgesetzten Betreibungen wurden die Betreibungsurkunden nach wie vor an R. Kümme! zugestellt. Nachdem im März und 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 & C^{ie} 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 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. Kümmel & C^{ie} 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. Kümmel & C^{ie} 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

überhaupt nur auf Pfändung betrieben werden könne. Dem kann jedoch nicht beigeplichtet 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,

dass eine eintragungspflichtige Gesellschaft nur der Generalexécution 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

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 Betreibungsurkunden zu seinen Händen gültig auch dem Teilhaber Kümmel 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.

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.

36. Entscheid vom 12. September 1930 i. S. Wunderlin.

Wird auf Grund des Konkursverlustscheines eine neue Betreibung angehoben, ohne dass der Schuldner bestreitet, zu neuem Vermögen gekommen zu sein, so ist in dem allfällig neu auszustellenden « Verlustschein infolge Pfändung » zu bemerken, die Forderung beruhe auf Konkursverlustschein. SchKG Art. 149 und 265.

Lorsque, sur la base d'un acte de défaut de biens délivré après faillite, une nouvelle poursuite est exercée contre le débiteur sans qu'il conteste être revenu à meilleure fortune, le nouvel « acte de défaut après saisie » qui serait délivré le cas échéant devrait mentionner que la créance repose sur un acte de défaut après faillite. Art. 149 et 265 LP.

Allorchè in virtù di un attestato di carenza di beni rilasciato in seguito a fallimento, una nuova esecuzione è promossa contro il debitore, senza che questo contesti d'aver acquistato nuovi beni, occorre annotare sull' "attestato di carenza di beni consecutivo a pignoramento", che dovrà eventualmente essere rilasciato, che il credito si fonda su un attestato di carenza di beni in seguito a fallimento. Art. 149 e 265 LEF.

Der Rekurrent Wilhelm Wunderlin hatte für eine Forderung von 9813 Fr. gegen Karl Wunderlin einen Konkursverlustschein erhalten und hob nun, im Anschluss an einen am Wohnorte des Schuldners, Basel, herausgenommenen Arrest, Betreibung an, wogegen der Schuldner nicht Rechtsvorschlag erhob. Da die hierauf gepfändeten Arrest- und weiteren Vermögensgegenstände zur Deckung nicht genügten, vermerkte das Betreibungsamt zwar auf der Pfändungsurkunde, sie gelte als provisorischer Verlustschein (vgl. BGE 55 III S. 30); dagegen verweigerte

es die Ausstellung eines neuen Verlustscheines « infolge Pfändung » für den durch das Verwertungsergebnis nicht gedeckten Betrag von 8912 Fr. 15.

Auf Beschwerde des Gläubigers hin hat die kantonale Aufsichtsbehörde am 8. August 1930 das Betreibungsamt angewiesen, « den definitiven Verlustschein gegen Rückgabe des Konkursverlustscheines auszustellen, ihn als Ersatz des Konkursverlustscheines zu bezeichnen und in der Rubrik « Grund der Forderung » anzugeben, dass die Forderung auf einem Konkursverlustschein beruht. »

Diesen Entscheid hat der Gläubiger an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrag, das Betreibungsamt sei anzuweisen, ihm einen definitiven Pfändungsverlustschein ohne jeden Vorbehalt und ohne jede Einschränkung auszustellen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung :

Freilich unterscheidet sich die vorliegend streitige Betreibung nicht von irgend einer anderen ordentlichen Betreibung auf Pfändung, weil sie einerseits im Anschluss an die Ausstellung des Konkursverlustscheines nicht anders als durch einen Zahlungsbefehl eingeleitet werden konnte, und weil andererseits der Schuldner nicht die Einrede des Mangels neuen Vermögens durch Rechtsvorschlag erhoben hat. Dementsprechend hat die Vorinstanz zutreffend entschieden, dass dem betreibenden Gläubiger ein « Verlustschein infolge Pfändung » auszustellen sei, was übrigens der Schuldner unangefochten gelassen hat. Gestützt hierauf kann der Gläubiger namentlich während sechs Monaten ohne neuen Zahlungsbefehl die Betreibung fortsetzen (Art. 149 Abs. 3 SchKG), ohne dass der Schuldner die Einrede des Mangels neuen Vermögens erheben könnte, weil der Rechtsbehelf des Rechtsvorschlages, durch den jene Einrede einzig erhoben werden kann, nur gegenüber einer neu angehobenen Betreibung zu Gebote steht, nicht aber gegenüber einer solchen eigentlichen Fort-