

18. *Entscheid vom 5. Oktober 1949 i. S. Gutmann.*

Bei *Einstellung und Schliessung des Konkurses mangels Aktiven* (Art. 230 SchKG) können die frühern Betreibungen nicht fortgesetzt werden,

— auch nicht, wenn sie auf Pfändung gehen und der Schuldner selbst den Konkurs durch Insolvenzerklärung herbeigeführt hatte (Art. 191 SchKG).

En cas de *suspension de la liquidation et clôture de la faillite* (art. 230 LP) les poursuites antérieures ne peuvent être continuées,

— même s'il s'agit de poursuites par voie de saisie et que le débiteur ait requis lui-même sa faillite en se déclarant insolvable (art. 191 LP).

In caso di *sospensione della liquidazione e chiusura del fallimento* (art. 230 LEF) le esecuzioni anteriori non possono essere proseguite,

— anche se si tratta di esecuzioni in via di pignoramento e il debitore stesso ha chiesto la dichiarazione del suo fallimento facendo nota al giudice la sua insolvenza (art. 191 LEF).

A. — Gegen die Rekurrentin waren mehrere Pfändungsbetreibungen hängig, als sie durch Insolvenzerklärung am 21. März 1949 die Eröffnung des Konkurses herbeiführte. Dieser Konkurs wurde am 22. April 1949 mangels freier Aktiven eingestellt und hernach mangels Leistung des auf Fr. 3000.— bemessenen Kostenvorschusses geschlossen.

B. — Mit einem Rundschreiben vom 3. Juni 1949 teilte das Betreibungsamt Basel-Stadt den Gläubigern, welche die Rekurrentin betrieben hatten, folgendes mit: « ... Wir sind der Auffassung, dass diejenigen Betreibungen, bei denen es nicht zur Pfändung gekommen ist, oder, wenn in einer Betreibung auf Pfändung die in den Art. 110 und 111 SchKG angegebenen Fristen für die Teilnahme an der Pfändung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht abgelaufen waren, nicht mehr fortgesetzt werden können. Hingegen erachten wir es als zulässig, dass Betreibungen, die bis zur Pfändung gediehen sind und die Fristen der Art. 110 und 111 SchKG abgelaufen waren, fortgesetzt werden können, da es sicher nicht angängig ist, dass durch das Verhalten der Schuldnerin die von den Gläubigern erworbenen Pfändungsrechte untergegangen sind. » Das

Betreibungsamt lud die Gläubiger ein, falls sie ihre seinerzeit angehobenen Pfändungsbetreibungen aufrechterhalten wollten, dies dem Amte mitzuteilen.

C. — Über dieses Vorgehen des Betreibungsamtes beschwerte sich die Schuldnerin.

D. — Von der kantonalen Aufsichtsbehörde mit Entscheidung vom 1. August 1949 abgewiesen, hält sie mit vorliegendem Rekurs an der Beschwerde fest.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Der Vernehmlassung des Betreibungsamtes zur Beschwerde beistimmend, ist die kantonale Aufsichtsbehörde der Ansicht, dass die bei Eröffnung des Konkurses hängig gewesenen Betreibungen wieder aufleben, wenn der Konkurs mangels Aktiven nicht zur Durchführung gelangt (Art. 230 SchKG). Sie hält der gegenteiligen Rechtsprechung (BGE 40 III 344, 42 III 14) entgegen, im Falle des Konkurswiderrufes lasse das Bundesgericht die Fortsetzung der seinerzeit angehobenen Pfändungsbetreibungen zu; es bestehe kein Grund, die beiden Fälle verschieden zu behandeln. Dieses Argument hat jedoch keine Bedeutung mehr, nachdem heute im Rekursfall Schreiber die bisherige Stellungnahme zum Konkurswiderruf aufgegeben und die Fortsetzung der bei Konkurseröffnung hängig gewesenen Pfändungsbetreibungen als unstatthaft erklärt worden ist (BGE 75 III 65).

Im übrigen gipfeln die Ausführungen der Vorinstanz in der Erwägung, dem Schuldner könne nicht gestattet werden, durch Insolvenzerklärung einen Konkurs herbeizuführen, der dann mangels freier Aktiven nicht durchgeführt werden könne, und so die Gläubiger «um ihre Pfändungsrechte zu prellen». Der Schuldner selbst müsste, wenn sich kein Gläubiger dazu bereit finde, zur Leistung des Kostenvorschusses im Sinne von Art. 230 SchKG verpflichtet werden; sei er dazu nicht willens oder nicht imstande, so liege die gerechte Lösung in der Wiederauf-

nahme der der Konkurseröffnung vorausgegangenen Betreibungen (wenigstens unter den im Rundschreiben des Betreibungsamtes erwähnten Voraussetzungen). Diese Ansicht geht jedoch fehl. Der Schuldner hat nach Art. 191 SchKG das Recht, durch Insolvenzerklärung den Konkurs herbeizuführen. Die Ausübung dieses Rechtes ist keineswegs an die Bedingung geknüpft, dass er beim Fehlen hinreichender freier Aktiven den bei Konkurseinstellung festgesetzten Kostenvorschuss beschaffe, sofern kein Gläubiger ihn leisten will. Die Konkurseröffnung hat zur Folge, dass die Betreibungen dahinfallen (Art. 206 SchKG) und an die Stelle allfälliger Pfändungen der Konkursbeschlagnahme zu Gunsten aller Gläubiger tritt (Art. 197 SchKG). Dadurch wird niemand um ein Recht gebracht, das in den Augen des Gesetzgebers fortzubestehen verdiente. Es ist der Wille des Gesetzes, dass die Vorrechte kraft Gruppenvorranges (Art. 110, 111 SchKG) wie auch Vorteile anderer Art, die einzelnen Gläubigern (z. B. weil nicht Recht vorgeschlagen wurde) erwachsen sein mögen, mit der Konkurseröffnung dahinfallen. Bleibt diese in Kraft, was bei Einstellung des Konkurses nach Art. 230 SchKG vorausgesetzt wird, so können die frühern Betreibungen nicht wieder aufleben. Den Konkursgläubigern, auch denjenigen von ihnen, die den Schuldner betrieben hatten (gleichgültig ob die Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs fortzusetzen war), steht im Falle der Konkurseinstellung mangels Aktiven nur die Bevorschussung der Konkurskosten zu, wenn sie auf der Zwangsvollstreckung beharren wollen. Diese kann kraft der Eröffnung des Konkurses nur noch als Generalliquidation durchgeführt werden. Kommt es mangels Leistung des Kostenvorschusses nicht dazu, sondern wird der Konkurs geschlossen, so ist die Zwangsvollstreckung für alle vom Konkurse betroffenen Forderungen (gleichwie beim Konkurswiderruf nach den Ausführungen des erwähnten heutigen Entscheides) schlechthin beendigt und ein Zurückgehen auf die frühern Betreibungen nicht zulässig.

Die bisher in bestimmten Fällen anerkannten Ausnahmen (für Betreibungen auf Pfandverwertung : BGE 27 I 373 und 32 I 369 = Sep.-Ausg. 4 S. 137 und 9 S. 139 ; für die Pfändung eines zufolge Anfechtungsklage zurückgewährten Vermögenswertes : BGE 51 III 217 ; für Lohnpfändungen : BGE 35 I 215 = Sep.-Ausg. 12 S. 15) stehen hier nicht in Frage. Ob es dabei zu bleiben hat, ist daher auch nicht zu prüfen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird gutgeheissen, und die auf Fortsetzung der Betreibung gegen die Rekurrentin gerichteten Verfügungen des Betreibungsamtes werden aufgehoben.

19. Entscheid vom 5. Oktober 1949 i. S. Chambers und Eisler.

Zur *Arrestprosequierung* ist auch eine mangelhafte oder bei einem unzuständigen Richter angebrachte Klage geeignet,

- a) wenn der Mangel noch binnen der Prosequierungsfrist des Art. 278² SchKG behoben wird ;
 - b) sonst nur, wenn die beim Ablauf dieser Frist bestehende Rechtshängigkeit ohne Unterbrechung andauert,
- gegebenenfalls bei Benutzung einer prozessualen Nachfrist, sofern die Klage während deren Laufes hängig bleibt (Änderung der Rechtsprechung).

Art. 139 OR ist nicht anwendbar.

Une demande même défectueuse ou adressée à un juge incompetent peut valider le séquestre :

- a) si le vice a été couvert dans le délai fixé par l'art. 278 al. 2 LP pour accomplir les formalités propres à valider le séquestre,
 - b) ou si, le procès étant déjà pendant à l'expiration de ce délai, la litispendance a persisté sans interruption,
- le cas échéant lorsqu'un délai supplémentaire de procédure a été utilisé, à condition cependant que l'action soit restée pendante durant ce délai. (Modification de la jurisprudence.)

L'art. 139 CO n'est pas applicable.

Anche una domanda viziata o presentata ad un giudice incompetente può convalidare il sequestro :

- a) se il vizio è stato sanato nel termine fissato dall'art. 278 cp. 2 LEP per ottenere la convalida,
 - b) o se, la causa essendo già pendente alla scadenza di questo termine, la litipendenza è continuata senz'interruzione ;
- eventualmente quando un termine supplementare di procedura è stato utilizzato, alla condizione tuttavia che la causa