

Il est vrai que, d'autre part, il peut se présenter cet inconvénient que des personnes absolument incapables de gérer leurs affaires subissent un dommage par le fait de poursuites matériellement injustifiées. Mais cela ne saurait influencer sur la validité des actes de poursuite exécutés conformément à la loi. Du reste, il pourrait y avoir lieu, le cas échéant, d'invoquer l'art. 77 LP. en faisant valoir que le débiteur, par suite de l'état où il se trouvait, était empêché de former opposition.

Par ces motifs,

La Chambre des Poursuites et des Faillites
prononce :

Le recours est écarté.

52. Entscheid vom 26. April 1899 in Sachen
Maag-Wölffing.

Art. 40 Betr.-Ges.: Betreibung auf Konkurs gegen einen im Handelsregister nicht mehr eingetragenen Schuldner. Bei Berechnung der sechsmonatlichen Frist wird die Zeitdauer eines die Betreibung hemmenden gerichtlichen Verfahrens mit in Berechnung gebracht. Keine analoge Anwendung des Art. 88 Abs. 2 eod.

A. Jean Maag-Wölffing in Zürich II erwirkte unterm 2. Juli 1898 gegen Theodor Bürgin, Ingenieur in Schaffhausen, einen Zahlungsbefehl für einen Betrag von 1000 Fr. samt Zins zu 4 % seit 14. Januar 1898. Nachdem ein am 5. Juli 1898 erhobener Rechtsvorschlag durch provisorische Rechtsöffnung und eine in der Folge eingereichte Aberkennungsklage durch Urteil vom 28. September 1898 beseitigt worden waren, stellte Maag-Wölffing am 6. Februar 1899 das Begehren auf Konkursandrohung. Er machte hierbei geltend, daß Bürgin unbeschränkt haftendes Mitglied der im Mai 1898 in Konkurs geratenen Firma Bauhofer & Cie. gewesen sei.

B. Das Betreibungs- und Konkursamt Schaffhausen wies das gestellte Begehren gleichen Tages ab mit der Begründung, daß

der Schuldner dormalen nicht mehr der Schuldbetreibung unterstehe, da seit der (am 27. Mai 1898 erfolgten) Löschung der genannten Firma im Handelsregister die in Art. 40 B.-G. vorgesehene sechsmonatliche Frist längst verstrichen sei.

C. Gegen diese Verfügung beschwerte sich Wölffing bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, indem er vorbrachte, daß die Frist des Art. 40 B.-G. durch die Durchführung des Rechtsöffnungsbehrens und der Aberkennungsklage unterbrochen worden sei und daß also die zwischen Anhebung und Erledigung dieser gerichtlicher Verfahren liegende Zeitdauer nicht in Anrechnung gebracht werden dürfe, da Art. 88 B.-G. analog zur Anwendung zu kommen habe.

D. Die Obergerichtsbehörde wies unterm 28. Februar 1899 die Beschwerde mit folgender Begründung ab:

Zweifellos sei für die Beurteilung der Frage, auf welchem Wege eine Betreibung fortzusetzen sei, der Zeitpunkt des Fortsetzungsbehrens maßgebend. Daß die Anwendbarkeit dieser oder jener Betreibungsart nicht schon bei Zustellung des Zahlungsbefehles sich bestimme (eine Ausnahme mache nur die Wechselbetreibung) gehe aus der ganzen Anlage des Gesetzes hervor. In casu sei nun innert der Frist von sechs Monaten seit Löschung der Firma Bauhofer & Cie. eine Konkursbetreibung vom Rekurrenten nicht angehoben worden, aus diesem Grunde habe einem Begehren um Konkursandrohung keine Folge mehr gegeben werden können. Daß die bloße Anhebung der Betreibung gegen einen zur Zeit der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner dem Gläubiger kein Recht gebe, die Betreibung auf dem Konkurswege fortzusetzen, wenn der Schuldner nunmehr der Betreibung auf Pfändung unterliege, gehe e contrario aus Article 2 des Art. 40 hervor. Die Berufung auf Art. 88 Article 2 sei unzutreffend, da ja die Frage, ob Konkursbetreibung oder Betreibung auf Pfändung, m. a. W. ob Art. 159 ff. oder Art. 88 ff. anzuwenden seien, gerade die Streitfrage sei.

E. Gegen diesen Entscheid rekurierte Wölffing rechtzeitig an das Bundesgericht, im wesentlichen mit folgender Motivierung:

1. In casu sei sicher, daß ohne die Einreichung der Aberkennungs-klage der Rekurrent das Begehren auf Konkursandrohung schon

früher gestellt hätte und daß man demselben unbedingt hätte entsprechen müssen. Würde man die Zeitdauer des Aberkennungsprozesses mit in Anrechnung bringen, so führte dies zu der Konsequenz, daß der Schuldner es in der Hand hätte, sich vermittelst trödelrischen Vorgehens der Konkursbetreibung zu entziehen trotz dem Bestreben des Gläubigers, nichts zu versäumen, um zu seinen Rechten zu kommen.

2. Das Bundesgesetz und die ihm gegebene Auslegung tendieren dahin, die der Konkursbetreibung an sich unterliegenden Schuldner dieser Betreibungsart unterworfen zu halten. Art. 88 Abs. 2 sei in casu analog anzuwenden. Der Borentscheid formuliere die Streitfrage nicht richtig. In Art. 40 qualifiziere es sich als eine sogenannte Ordnungsvorschrift, wobei der Absatz 2 nur eine Ausführungsverdeutlichungsbestimmung des in Absatz 1 Gesagten sei. Art. 88 enthalte keine Ordnungsvorschrift, sondern eine Bestimmung betr. die Zeitdauer, innerhalb welcher die Fortsetzung der Exekution verlangt werden dürfe. Da aber Art. 40 den Fall der Erhebung eines Rechtsvorschlages nicht berücksichtige, müsse dieser Artikel aus dem Art. 88 ergänzt werden.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. Es handelt sich vorliegenden Falles um die Frage, ob die in Art. 40 des Bundesgesetzes vorgesehene sechsmonatliche Frist dahin zu verstehen sei, daß bei derselben die Zeitdauer eines die Betreibung hemmenden gerichtlichen Verfahrens (Rechtsöffnung, Aberkennungsklage) nicht in Anrechnung zu kommen habe.

Gegen diese vom Rekurrenten geteilte Auffassung spricht zunächst, daß dieselbe, wenn im Willen des Gesetzgebers gelegen, im Gesetze ihren positiven Ausdruck hätte finden müssen, wie in den andern Fällen, wo derartige Erstreckungen von Fristen besonders erwähnt werden (vergl. Art. 88, 154, 166 und 188). Es läßt dies darauf schließen, daß die Frist des Art. 40 eine absolute, spezielle Ausnahmen nicht zulassende ist.

Diese Ansicht wird durch die schon von der Vorinstanz gemachte Erwägung unterstützt, daß die Frage, ob die Betreibung auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses durchzuführen sei, nicht schon bei der Einreichung des Betreibungs- sondern erst des Fort-

setzungsbegehrens zu entscheiden ist, daß man also erst von da an von der Anwendbarkeit der einen oder andern Betreibungsart sprechen kann (vergl. Art. 38). Demgemäß sieht denn auch der Art. 40 in seinem zweiten Abs. als maßgebend für die Art der Fortsetzung der Betreibung an, ob innert der durch ihn vorgesehenen Frist die Konkursandrohung bereits verlangt wurde oder nicht.

2. Zu einer analogen Anwendung von Art. 88 Abs. 2 und damit einer Ergänzung des Gesetzes fehlen jegliche zwingenden Gründe. Die Bedeutung der beiden Bestimmungen ist eine durchaus verschiedene. Art. 88 Abs. 2 setzt dem einzelnen betreibenden Gläubiger eine zeitliche Schranke für die Geltendmachung der durch die vorangehenden Betreibungsakte erlangten Rechtsstellung und statuiert bei Nichtbeobachtung Erlöschen der Betreibung. Art. 40 aber handelt allgemein von der auf den Schuldner anwendbaren Betreibungsart und in Frage steht nicht die Erlöschung des Betreibungsrechts, sondern das Verfahren seiner weitem Durchführung. Während der Gläubiger in erstem Falle an der Erstreckung der durch das gerichtliche Zwischenverfahren zu kurz gewordenen Frist ernstlich interessiert sein kann, trifft dies in letztem Falle nicht zu. An der weitem zwangsweisen Eintreibung seiner Forderung wird er hier nicht verhindert, wenn auch das einzuschlagende Verfahren ein anderes ist, als dasjenige, welches ohne eingetretene Hemmung der Betreibung hätte zur Anwendung kommen müssen. Ein Recht auf Anwendung der einen oder andern Betreibungsart kann ihm natürlich nicht zustehen.

3.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.