

Die Exekution in das Gesamthandvermögen einer einfachen Gesellschaft

Autor(en): **Bürgin, Paul**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **58 (1939)**

PDF erstellt am: **26.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896252>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Die Exekution in das Gesamthandvermögen einer einfachen Gesellschaft.

Von Dr. Paul Bürgin, Basel.

I.

Über das Vermögen der einfachen Gesellschaft bestimmt OR Art. 544 Abs. 1, daß Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben worden sind, den Gesellschaftern gemeinschaftlich gehören nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags. Soweit das Eigentum an Sachen in Frage steht, können den Gesellschaftern „gemeinschaftlich“ sowohl Gegenstände gehören, die in ihrem Miteigentum als auch die in ihrem Gesamteigentum stehen. In der Marginale zu ZGB Art. 646 wird unter den Begriff des gemeinschaftlichen Eigentums das Miteigentum und das Gesamteigentum subsumiert. Man darf daher behaupten, daß das gemeinschaftliche Eigentum gemeinhin Mit- und Gesamteigentum umfasse. Ob das eine oder andere Eigentumsverhältnis vorliegt, bestimmt zunächst der Gesellschaftsvertrag. Enthält er darüber nichts, so wird das Vorliegen von Gesamteigentum vermutet. Die Vermutung stellt OR Art. 544 Abs. 2 auf, der bestimmt, daß für die Gläubiger eines Gesellschafters nur dessen Liquidationsanteil gepfändet werden kann, wenn aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes hervorgeht. Der Anspruch auf den Liquidationsanteil setzt zwischen den Gesellschaftern ein Gesamthandverhältnis, hinsichtlich der gemeinschaftlichen Sachen Gesamteigentum voraus. Einfache Gesellschaften, die vertraglich als Eigentumsverhältnis das Miteigentum wählen, sind selten. Sie beschäftigen uns in dieser Untersuchung nicht. Das Obligationenrecht von 1881 stellte in Art. 544 die Bruchteilsgemeinschaft als Regel auf.

Das Gesamthandverhältnis erstreckt sich regelmäßig nicht nur auf das Eigentum, sondern auch auf die Forderungen und anderen Rechte. Man spricht deshalb von einem Gesamthandvermögen oder Gesamtvermögen als Sondervermögen, das von den Einzelvermögen der Gesamthänder durch die Verschiedenheit des Subjekts getrennt ist¹⁾. Ein solches Gesamthandvermögen ist das Gesellschaftsvermögen. Es hat den Zwecken der Gesellschaft zu dienen. Zum Gesellschaftsvermögen gehören die Gesellschaftsschulden. Jedes Gesamthandvermögen kann seiner rechtlichen Natur nach Schulden haben²⁾. Der Zusammenhang zwischen Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftsschulden zeigt sich in Art. 549 Abs. 1, der bestimmt, daß bei der Liquidation der Gesellschaft aus dem Erlös der Aktiven vorweg die gemeinschaftlichen Schulden zu tilgen seien.

Subjekt des ihnen gemeinsam zustehenden Vermögens sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit³⁾. Zwischen der einfachen Gesellschaft, der ein Gesamthandverhältnis zugrunde liegt, und der Kollektivgesellschaft besteht bezüglich der Zugehörigkeit des Gesellschaftsvermögens kein Unterschied, da das Vermögen der Kollektivgesellschaft seiner rechtlichen Natur nach nur ein Gesamthandvermögen sein kann. Auch das Vermögen der Kommanditgesellschaft ist ein Gesamthandvermögen. Doch ist umstritten, ob auch der Kommanditär Gesamthänder ist⁴⁾. Die einfache Gesellschaft kann im Gegensatz zu den andern Personengesellschaften im Verkehr nicht unter eigenem Namen auftreten. Man findet zwar einfache Gesellschaften, die sich einen eigenen Namen zulegen und unter diesem im Verkehr mit Dritten auch bekannt sind.

¹⁾ Von Tuhr, Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 352.

²⁾ Von Tuhr, a. a. O., Bd. 1, S. 350.

³⁾ Von Tuhr, a. a. O., Bd. 1, S. 348.

⁴⁾ Haab, Komm. zum Sachenrecht, Art. 652—654, Nr. 7 und 8; Wieland, Handelsrecht, Bd. 1, S. 610.

Namentlich Handwerker, die ihren Beruf gemeinsam als Teilhaber einer einfachen Gesellschaft ausüben, pflegen eine Firma zu führen, in der, wie in der Firma einer Kollektivgesellschaft (OR Art. 947 Abs. 1), sämtliche Gesellschafter namentlich aufgeführt werden. Die einfache Gesellschaft kann aber unter dieser Firma nicht wie die Kollektivgesellschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Dies zeigt sich u. a. darin, daß nur die Teilhaber der einfachen Gesellschaft, nicht diese selbst, für die von ihnen gemeinsam eingegangenen Verpflichtungen in Anspruch genommen werden können; sie sind Solidarschuldner (OR Art. 544 Abs. 3). Die einfache Gesellschaft ist daher auch nicht betreibungsfähig. Für die gemeinsam eingegangenen Verpflichtungen müssen die einzelnen Gesellschafter betrieben werden.

Die im Handelsregister eingetragene Kollektivgesellschaft ist betreibungsfähig (SchKG Art. 39 Ziff. 5); sie unterliegt der Konkursbetreibung. Ist die Kollektivgesellschaft nicht eingetragen, so muß, bevor die Betreibung durchgeführt werden kann, das zuständige Handelsregisteramt abklären, ob die Gesellschaft zwangsweise eingetragen werden kann. Nur wenn die Eintragung verfügt wird, liegt eine betreibungsfähige Kollektivgesellschaft vor. Das ist die vom Bundesgericht vertretene Auffassung, das erklärt, „daß die gesetzliche Regelung dahin zu verstehen sei, daß Kollektivgesellschaften ausnahmslos der Konkursbetreibung unterworfen sein sollen“⁵⁾. Die Konkursbetreibung ist gemäß SchKG Art. 39 nur gegen einen Schuldner möglich, der im Handelsregister eingetragen ist. Die Eintragung einer Gesellschaft in das Handelsregister kann nicht erzwungen werden, wenn nach den Erhebungen des Handelsregisteramtes deren jährliche Roheinnahme Fr. 25,000.— nicht erreicht (HVO Art. 54). Ist dieses Minimalerfordernis nicht erfüllt, so liegt nach der Auffassung des Bundesgerichts keine kauf-

⁵⁾ BGE 56 III Nr. 35; anderer Meinung Haab, Zeitschrift des Bern. Jur.vereins, Bd. 66, S. 438 ff.

männische Kollektivgesellschaft, sondern eine einfache Gesellschaft vor⁶⁾. Es muß dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung richtig ist. Jedenfalls ist eine Gesellschaft, deren Eintrag nicht erzwungen werden kann, nicht betreibungsfähig. Die Betreibung kann nur nach den Regeln erfolgen, die für die einfache Gesellschaft gelten.

Das Subjekt des Gesamthandvermögens ist bei der Kollektivgesellschaft selbständiger als bei der einfachen Gesellschaft. Die größere Selbständigkeit zeigt sich in der Rechts-, Partei- und Betreibungsfähigkeit der Kollektivgesellschaft. Zwischen der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft liegt bezüglich der Selbständigkeit eine Stufenfolge vor. Die Selbständigkeit der Kollektivgesellschaft ist gegenüber derjenigen der einfachen Gesellschaft gesteigert⁷⁾.

II.

Die Schulden einer einfachen Gesellschaft begründen eine solidarische Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters, der für sie mit seinem persönlichen Vermögen haftet (OR Art. 544 Abs. 3). Die Exekution für diese Schulden wird deshalb dadurch eingeleitet, daß der Gläubiger den einzelnen Gesellschafter betreibt. Dabei kann der eine Gesellschafter der Konkursbetreibung, der andere der Betreibung auf Pfändung unterliegen. Für die Art der Betreibung ist maßgebend, ob der Gesellschafter in einer der in SchKG Art. 39 aufgeführten Eigenschaften im Handelsregister eingetragen ist. Die Betreibung für die Gesellschaftsschulden unterscheidet sich somit nicht von der Betreibung für eine private Schuld des Gesellschafters. Auch bei der Pfändung besteht kein Unterschied. Das Betreibungsamt hat das eigene Vermögen des Gesellschafters, gleichgültig ob es sich um eine private oder um eine Gesellschaftsschuld handelt, zu pfänden, soweit dies

⁶⁾ Praxis Bd. 26, Nr. 101.

⁷⁾ Haab, a. a. O., Vorbemerkungen zu Art. 646—654, Nr. 12.

zur Deckung der betriebenen Forderung erforderlich ist. Zum eigenen Vermögen des Gesellschafters zählen die Ansprüche, die er an die Gesellschaft besitzt. Dagegen gehört nicht das Gesellschaftsvermögen dazu, auch nicht teilweise, weil dessen Subjekt die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit sind.

Von den Ansprüchen, die der Gesellschafter an das Gesellschaftsvermögen besitzt, sind der Anspruch auf den periodischen Ertrag (Zinse, Honorar, Gewinnanteile), allfällige Ersatzforderungen aus der Geschäftsführung für die Gesellschaft (OR Art. 537) und das Liquidationsguthaben pfändbar. Künftige Zinse, Honorare und Gewinnanteile können jeweils nur auf die Dauer eines Jahres gepfändet werden (VAG⁸⁾ Art. 1 Abs. 3). Es gilt somit dasselbe wie bei der durch die Praxis eingeführten Pfändung von künftigen Lohnforderungen, die ebenfalls nur auf die Dauer eines Jahres hinaus erfolgen kann. Der Gewinn- und ein allfälliger Honoraranspruch werden auch insofern bei der Pfändung wie eine Lohnforderung behandelt, als sie gemäß SchKG Art. 93 nur gepfändet werden, soweit sie nicht Kompetenzqualität haben⁹⁾.

Die Pfändung des Anteilsrechts des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen kann sich nur auf das Liquidationsguthaben erstrecken (OR Art. 544 Abs. 2, VAG Art. 1 Abs. 1). Das Liquidations- oder Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters wird nach der Versilberung des Gesellschaftsvermögens und nach der Tilgung der gemeinschaftlichen Schulden fällig (OR Art. 549). Es umfaßt den Anspruch auf Rückzahlung der Kapitaleinlage und auf Auszahlung des Überschusses, der nach der Tilgung der Gesellschaftsschulden und nach Rückzahlung der Kapitaleinlagen verbleibt.

Nicht pfändbar ist das Anteilsrecht in seiner Gesamtheit, das der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen

⁸⁾ Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen.

⁹⁾ Jäger, Komm. zum SchKG Art. 93, Nr. 1.

besitzt. Dieses Anteilsrecht ist ein Rechtsverhältnis, das sich daraus ergibt, daß der Gesellschafter Subjekt eines Gesamthandverhältnisses ist. Das Rechtsverhältnis begründet für den Gesellschafter das Recht und die Pflicht zur Mitwirkung bei der Geschäftsführung, soweit er durch den Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen ist (OR Art. 535). Ausfluß dieses Rechtsverhältnisses ist, daß der Gesellschafter das Recht hat, bei Gesellschaftsbeschlüssen mitzuwirken (OR Art. 534). Es begründet die Fähigkeit des Gesellschafters, gemeinsam mit den andern Teilhabern über die einzelnen Objekte des Gesellschaftsvermögens zu verfügen. Diesen Rechten, die dem Bereich der Gesamtsphäre der Gesellschafter angehören, stehen die Rechte der Sondersphäre des einzelnen Gesellschafters gegenüber, nämlich der Anspruch auf den Liquidationserlös, auf den Gewinn, die Zinsen und auf ein allfälliges Honorar¹⁰⁾. Das Rechtsverhältnis, das für den einzelnen Gesellschafter durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrags begründet wird, ist, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges bestimmt, nicht übertragbar. Es kann daher auch nicht gepfändet werden. Nur was der Schuldner auf einen Dritten übertragen kann, ist in der Regel pfändbar. Ob die Pfändung des Rechtsverhältnisses möglich ist, wenn es gemäß Gesellschaftsvertrag übertragbar ist, soll hier nicht untersucht werden.

Für die Schulden einer einfachen Gesellschaft haftet neben dem persönlichen Vermögen des Gesellschafters das Gesellschaftsvermögen. Grundsätzlich gilt, daß das Gesamthandvermögen für Schulden haftet, aus denen alle Gesamthänder verpflichtet sind¹¹⁾. Bei der einfachen Gesellschaft ist jeder einzelne Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden verpflichtet. Das Gesellschaftsvermögen muß daher für Gesellschaftsschulden haften. Eine Pfändung dieses Vermögens wäre denkbar, wenn

¹⁰⁾ Wieland, a. a. O., Bd. 1, S. 611, und von Tuhr, a. a. O., Bd. 1, S. 358.

¹¹⁾ Von Tuhr, a. a. O., Bd. 1, S. 351.

gegen jeden einzelnen der verpflichteten Gesellschafter das Pfändungsbegehren gestellt wird. Der Zugriff des Gläubigers ginge in diesem Falle nicht über die Rechte hinaus, welche die betriebenen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen besitzen. Da jedem einzelnen Gesellschafter gegenüber die Pfändung verlangt wird, wäre durch die Betreibung das Subjekt des Gesellschaftsvermögens, d. h. die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit erfaßt.

Das geltende Betreibungsgesetz schließt es, wie noch zu zeigen ist, aus, durch ein gegen jeden einzelnen Gesellschafter gestelltes Pfändungsbegehren die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zu verlangen. Der Gesellschaftsgläubiger kann aber durch Pfändung des Liquidationsguthabens, das der betriebene Gesellschafter an die Gesellschaft besitzt, erreichen, daß die Gesellschaft aufgelöst und daß er im Verlaufe von deren Liquidation befriedigt wird, soweit der Liquidationserlös zur Deckung der Gesellschaftsschulden ausreicht. Die Pfändung des Liquidationsguthabens erfolgt gemäß VAG Art. 3 allerdings erst dann, wenn das übrige Vermögen des Gesellschafters zur Deckung der betriebenen Forderung nicht ausreicht. Dies ist aber kein Nachteil für den Gesellschaftsgläubiger, da er an der Pfändung des Liquidationsguthabens kein Interesse hat, wenn er sich aus dem sonstigen Vermögen des Gesellschafters befriedigen kann. Daß die Pfändung des Liquidationsguthabens für den Gesellschaftsgläubiger zur Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen führen kann, soll im folgenden Abschnitt gezeigt werden. Gleichzeitig wird der Verlauf der Liquidation der einfachen Gesellschaft dargestellt, soweit es sich um Fragen handelt, die sich bei der Verwertung eines gepfändeten Liquidationsguthabens stellen.

III.

Wird die Verwertung eines gepfändeten Liquidationsguthabens verlangt, so hat das Betreibungsamt gemäß

VAG Art. 9 zunächst zu versuchen, zwischen dem pfändenden Gläubiger, dem Schuldner und den übrigen Gesellschaftern eine Einigung herbeizuführen. Handelt es sich um einen Gesellschaftsgläubiger, so wird das Betreibungsamt versuchen, auf gutlichem Wege Bezahlung des Gläubigers aus dem Gesellschaftsvermögen zu erlangen. Hat ein privater Gläubiger des Gesellschafters das Verwertungsbegehren gestellt, so wird es sich darum handeln, das auf den gepfändeten Gesellschafter entfallende Liquidationsbetreffnis erhältlich zu machen, um daraus den Gläubiger zu befriedigen. Die verschiedene Behandlung der beiden Gläubiger ist deshalb gerechtfertigt, weil dem privaten Gläubiger nur das Liquidationsguthaben haftet, während dem Gesellschaftsgläubiger neben diesem Guthaben auch das Gesellschaftsvermögen haftet. Dabei fällt dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber in erster Linie die Haftung des Gesellschaftsvermögens in Betracht, da das Liquidationsguthaben gemäß OR Art. 549 erst ausbezahlt werden soll, nachdem aus dem Gesellschaftsvermögen die Gesellschaftsgläubiger befriedigt sind.

Scheitern die Einigungsverhandlungen, so kann die Aufsichtsbehörde verfügen, daß die Auflösung der Gemeinschaft und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den für die betreffende Gemeinschaft geltenden Vorschriften herbeigeführt werden soll (VAG Art. 10 Abs.2). Wird die Auflösung der Gesellschaft verfügt, so trifft das Betreibungsamt oder ein von der Aufsichtsbehörde hiefür bezeichneter Verwalter die zur Herbeiführung derselben erforderlichen rechtlichen Vorkehren und übt dabei alle dem betriebenen Gesellschafter zustehenden Rechte aus (VAG Art. 12). Das Betreibungsamt wird zunächst den Gesellschaftsvertrag kündigen. Dieses Kündigungsrecht ist derivativer Natur. Es resultiert aus dem vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsrecht des gepfändeten Gesellschafters. Wenn daher der Gesellschaftsvertrag eine längere als die gesetzliche sechsmonatige Kündigungsfrist vorsieht, so kann auch das Betreibungsamt nur die Auf-

lösung der Gesellschaft nach Ablauf dieser längeren Frist verlangen. Dabei ist zu beachten, daß das Betreibungsamt die Kündigungserklärung an alle Gesellschafter, auch an den gepfändeten, zu erlassen hat¹²⁾. Nach deutschem Recht steht dem Gläubiger, zu dessen Gunsten der Liquidationsanteil gepfändet wurde, ein selbständiges Kündigungsrecht zu (BGB § 725). Es unterliegt den vertraglichen und gesetzlichen Beschränkungen, die für das Kündigungsrecht des Gesellschafters gelten, nicht. Die Kündigung kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist erfolgen.

Nach Auflösung der Gesellschaft haben die Gesellschafter die Liquidation vorzunehmen (OR Art. 548). Die Gesellschaft besteht auch nach ihrer Auflösung so lange weiter, als es die Liquidation des Gesellschaftsvermögens erfordert¹³⁾. Die Gesellschafter haben die Liquidation, wenn nichts anderes vereinbart ist, gemeinsam durchzuführen (OR Art. 550 Abs. 1), d. h. sämtliche Gesellschafter sind die Liquidatoren, ohne Rücksicht darauf, ob vor der Auflösung mit der Geschäftsführung nur einzelne Gesellschafter beauftragt waren. Ist der Liquidationsanteil eines Gesellschafters gepfändet, so ist für die Stellung, die das Betreibungsamt bei der Liquidation einnimmt, VAG Art. 12 maßgebend, wonach es alle dem betriebenen Schuldner zustehenden Rechte ausübt. Das Betreibungsamt besitzt nicht mehr Rechte als der betriebene Gesellschafter. Die Gesellschaft wird nicht durch das Betreibungsamt liquidiert, so wie das Konkursamt eine Kollektivgesellschaft zufolge Konkurseröffnung liquidiert. Das Betreibungsamt ist nur berechtigt und verpflichtet, bei der Liquidation gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern mitzuwirken. Bei Maßnahmen von besonderer Tragweite wird es sich mit dem Pfändungsgläubiger und mit dem gepfändeten Gesellschafter ins Einvernehmen setzen. Die Anträge der Beteiligten mit Einschluß des gepfändeten Gesellschafters sind gemäß

¹²⁾ BGE 52 III S. 6.

¹³⁾ BGE 59 II S. 423.

VAG Art. 10 Abs. 2 durch die Aufsichtsbehörde bei der Festsetzung des Verwertungsverfahrens nach Möglichkeit zu berücksichtigen. Diese Rücksichtnahme hat auch nach der Festsetzung des Verfahrens zu erfolgen.

Die Bestimmung von VAG Art. 12, daß das Betreibungsamt alle dem gepfändeten Gesellschafter zustehenden Rechte ausübt, macht das Amt zum Vertreter des gepfändeten Gesellschafters. Implicite wird durch die Bestimmung dem Gesellschafter untersagt, die für ihn aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Rechte selbst auszuüben. Dabei beschränkt sich das Verbot nicht nur auf die gepfändeten Rechte. Er soll z. B. auch nicht mehr gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern über die Objekte des Gesamthandvermögens verfügen. Dieses Recht kann nicht gepfändet werden, weil es der Gesamtsphäre der Gesellschafter angehört. Das Betreibungsamt übt alle Rechte des Gesellschafters aus, weil die Ausübung der nicht gepfändeten Rechte auf den Inhalt der gepfändeten Rechte einwirken kann. So ist es für das Liquidationsguthaben nicht ohne Bedeutung, in welcher Weise die Gesellschafter über die Gesamtaktiven verfügen.

VAG Art. 12 beschränkt hinsichtlich der nicht gepfändeten Rechte nur das Dürfen, nicht aber das Können des Gesellschafters. Er kann trotz der Pfändung des Liquidationsguthabens in gültiger Weise gemeinsam mit den Gesellschaftern über die Gesellschaftsaktiven verfügen. Er darf aber nicht. Verfügt er doch, so macht er sich nicht strafbar. Gemäß SchKG Art. 96 hat sich der Schuldner bei Straffolge jeder vom Betreibungsbeamten nicht bewilligten Verfügung über die gepfändeten Vermögensstücke zu enthalten. Gepfändet sind aber weder die Gesellschaftsaktiven noch das Recht, über diese gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern zu verfügen. Hat dagegen der Gesellschafter das gepfändete Liquidationsguthaben an einen Dritten zediert, so ist diese Verfügung den Pfändungsgläubigern gegenüber ungültig, sofern die Anzeige von der Pfändung an die Gesellschaft durch das

Betreibungsamt erlassen wurde, bevor der Zessionar dieser die Zession mitteilte¹⁴⁾. Außerdem wird sich der Gesellschafter strafbar machen, wenn die Zession den Pfändungsgläubigern gegenüber wirksam ist. Es besteht somit ein erheblicher Unterschied zwischen den Folgen einer verbotenen Verfügung des Gesellschafters über die nicht gepfändeten Gesellschaftsaktiven und über das gepfändete Liquidationsguthaben.

Für die Ernennung eines Liquidators ist Einstimmigkeit der Gesellschafter erforderlich, da sie grundsätzlich die Liquidation gemeinsam durchzuführen haben. Ein Liquidator kann daher nur mit Zustimmung des Betreibungsamtes gewählt werden, sobald das Liquidationsguthaben eines Gesellschafters gepfändet ist. Die gesetzlichen Regeln über die Liquidation der einfachen Gesellschaft enthalten keine Bestimmungen über die Ernennung eines Liquidators durch den Richter. Diese Ernennung kann aber in analoger Anwendung von OR Art. 583 Abs. 2, der unter bestimmten Voraussetzungen die Ernennung eines Liquidators durch den Richter bei der Kollektivgesellschaft vorsieht, erfolgen. Soweit diese Voraussetzungen vorliegen, ist auch das Betreibungsamt befugt, die Ernennung eines Liquidators durch den Richter zu verlangen. Das Betreibungsamt kann zum alleinigen Liquidator ernannt werden. Gemäß VAG Art. 12 hat zwar das Betreibungsamt nur an Stelle des gepfändeten Gesellschafters bei der Liquidation mitzuwirken, wenn die Gesellschafter die Liquidation gemeinsam durchführen. Es ist aber kein Grund zu finden, weshalb das Betreibungsamt die Gesellschaft nicht auch allein liquidieren könnte, wenn es zum alleinigen Liquidator ernannt wurde.

Der Verlauf der Liquidation der einfachen Gesellschaft ist, wenn auch summarisch, in OR Art. 548—550 geregelt. Ergänzend können die Bestimmungen über die Liquidation der Kollektivgesellschaft herangezogen werden (Art. 585 bis 588), sofern sie ihrem Inhalt nach nicht nur für die

¹⁴⁾ Jaeger, Komm. SchKG Art. 96, Nr. 7.

Kollektivgesellschaft gelten. Die Liquidatoren haben zunächst das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern, soweit es die Auseinandersetzung erforderlich macht. Aus dem Erlös sind zuerst die Gesellschaftsschulden zu decken. Hierauf erhalten die Gesellschafter ihre Einlagen zurück. Ergibt sich ein Überschuß, so ist er unter die Gesellschafter als Gewinn zu verteilen. Soweit die Art. 548 ff. nichts anderes bestimmen, ist für die Liquidation des Gesellschaftsvermögens auch die Bestimmung über die Aufhebung des Gesamthand Eigentums (ZGB Art. 654) maßgebend, die ihrerseits auf die Vorschriften über die Teilung des Miteigentums (ZGB Art. 650 und 651) verweist. Gemäß ZGB Art. 651 Abs. 2 kann der Richter die Versteigerung der Sache anordnen, wenn sich die Miteigentümer über die Teilung nicht einigen oder wenn eine Teilung der Sache nicht möglich ist. Unter Hinweis auf diese Bestimmung läßt sich das Gesuch eines Gesellschafters um richterliche Anordnung der Versteigerung der Gesellschaftsaktiven begründen, wenn sich die Gesellschafter über den Verwertungsmodus nicht einigen können. Nötigenfalls wird auch das Betreibungsamt beim Richter die Versteigerung begehren können, wenn es bei der Liquidation der Gesellschaft mitzuwirken hat. Aus eigener Macht können weder das Betreibungsamt noch die Aufsichtsbehörde die Versteigerung der Gesellschaftsaktiven anordnen, da diese nicht gepfändet sind.

Können aus dem Liquidationserlös die Gesellschaftsschulden gedeckt werden, so wird die zugunsten eines Gesellschaftsgläubigers erfolgte Pfändung des Liquidationsanspruchs dann hinfällig, wenn die betriebene Forderung durch Vermittlung des Betreibungsamtes bezahlt wurde. Zahlen die Liquidatoren den Gläubiger unmittelbar aus und zieht dieser nicht freiwillig die Betreuung zurück, so muß der betriebene Gesellschafter gemäß SchKG Art. 85 beim Richter Einstellung der Betreuung begehren.

Ein Gesellschaftsgläubiger, zu dessen Gunsten das Liquidationsguthaben gepfändet wurde, wird somit nicht

aus dem, was aus dem Guthaben eingeht, befriedigt. Seine Forderung wird im Laufe der Liquidation der Gesellschaft getilgt, soweit die Gesellschaftsaktiven dazu ausreichen. Die Auszahlung des Liquidationsbetheffnisses an die Pfändungsmasse erfolgt erst, nachdem die Gesellschaftsschulden beglichen sind. Nur wenn das Liquidationsguthaben zugunsten eines privaten Gläubigers des Gesellschafters gepfändet wurde, dient der Eingang aus diesem zu seiner Befriedigung.

Die Gesellschaftsgläubiger haben keine Möglichkeit, von den Gesellschaftern zu verlangen, daß aus dem Liquidationserlös vorweg die Gesellschaftsschulden beglichen werden. Die Gesellschafter sind hiezu nur gegenseitig verpflichtet. Wirkt das Betreibungsamt bei der Liquidation mit, so ist es berechtigt und verpflichtet, dafür zu sorgen, daß aus dem Liquidationserlös zunächst die Gesellschaftsschulden bezahlt werden.

Reicht der Liquidationserlös nicht aus, um die Gesellschaftsgläubiger voll zu befriedigen, so ist damit gewöhnlich auch festgestellt, daß das gepfändete Liquidationsguthaben nicht besteht. Das Betreibungsamt wird hievon dem Gläubiger, zu dessen Gunsten das Liquidationsguthaben gepfändet wurde, Mitteilung machen. Erfolgt keine Einsprache seitens des Pfändungsgläubigers, so wird es die Pfändung aufheben. Wird Einsprache erhoben, so hat die Aufsichtsbehörde zu entscheiden, ob die Pfändung bestehen bleibt und das Liquidationsguthaben zu versteigern ist. Die Aufrechterhaltung der Pfändung wird sich nur dann rechtfertigen, wenn Zweifel bestehen, ob die Liquidation tatsächlich vollständig durchgeführt ist.

Hat die Aufsichtsbehörde die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft unter Mitwirkung des Betreibungsamtes verfügt, widersetzt sich aber einer der nicht gepfändeten Gesellschafter der Auflösung, so hat das Betreibungsamt gemäß VAG Art. 13 den Anspruch auf Auflösung und Liquidation der Gesellschaft den betreibenden Gläubigern gemäß SchKG Art. 131 Abs. 2 zur

gerichtlichen Geltendmachung auf eigene Rechnung zur Abtretung zu offerieren. Verlangt kein Gläubiger die Abtretung, so ist das gepfändete Liquidationsguthaben zu versteigern. Die Versteigerung führt von Gesetzes wegen zur Auflösung der Gesellschaft. Bei der nachfolgenden Liquidation hat das Betreibungsamt nicht mitzuwirken, da das Liquidationsguthaben nicht mehr gepfändet ist. Wird die Abtretung verlangt und dringt der Gläubiger mit dem Anspruch auf Auflösung und Liquidation dem bestreitenden Gesellschafter gegenüber durch, so hat das Betreibungsamt die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft gemäß VAG Art. 12 an Hand zu nehmen. Das Obsiegen des Abtretungsgläubigers nützt nicht weniger den übrigen Gesellschaftsgläubigern, da bei ordnungsgemäßer Durchführung der Liquidation der Erlös an alle bekannten Gläubiger bis zur Deckung von deren Guthaben gleichmäßig verteilt wird.

Ist die einfache Gesellschaft nicht überschuldet, und wurde das Liquidationsguthaben für eine Gesellschaftsschuld gepfändet, so sollte stets die Gesellschaft liquidiert und nicht etwa das Liquidationsguthaben versteigert werden. Die Versteigerung dieses Guthabens erbringt erfahrungsgemäß keinen angemessenen Erlös. Der Gesellschaftsgläubiger würde daher erst im Laufe der durch die Versteigerung des Liquidationsguthabens ausgelösten Auflösung und Liquidation der Gesellschaft befriedigt. Das Liquidationsguthaben, das sich nach Tilgung sämtlicher Gesellschaftsschulden ergibt, müßte dem Ersteigerer des Guthabens ausbezahlt werden. Die Versteigerung würde daher dem Gesellschafter das Liquidationsguthaben nehmen, ohne daß er dadurch von der betriebenen Gesellschaftsschuld befreit worden wäre. Wäre die Liquidation statt der Versteigerung des Liquidationsguthabens durchgeführt worden, so hätte der gepfändete Gesellschafter sein Liquidationsguthaben behalten.

Reicht ausnahmsweise der bei der Versteigerung des Liquidationsanteils erzielte Erlös zur Tilgung der be-

triebenen Gesellschaftsschuld aus, so kann der gepfändete Gesellschafter von der Gesellschaft den Betrag ersetzt verlangen, den der Gläubiger erhielt. Es handelt sich dabei um den Anspruch auf Ersatz einer Verwendung für die Gesellschaft (OR Art. 537). Dieser Anspruch ist nicht gepfändet, weil er im Moment der Pfändung noch nicht bestand. Er ist erst durch die Befriedigung des Gläubigers entstanden.

Auf die Liquidation der Gesellschaft vor der Versteigerung des Liquidationsguthabens kann dann verzichtet werden, wenn nach den Erhebungen des Betreibungsamtes der Erlös der Gesellschaftsaktiven nur gering sein und sich deshalb ein Liquidationsguthaben nicht ergeben wird. In einem solchen Falle erfolgt regelmäßig, wenigstens nach der Praxis des Betreibungsamtes Basel-Stadt, mit Zustimmung aller Beteiligten oder auf Anordnung der Aufsichtsbehörde die Versteigerung des Liquidationsguthabens. Es wird dem Ersteigerer überlassen, das zur Liquidation der Gesellschaft Erforderliche vorzukehren. Der Gesellschafter wird dadurch, daß ihm das Liquidationsguthaben versteigert wird, nicht geschädigt, weil dieses wertlos ist. Man kann sich fragen, ob dieses Vorgehen richtig ist. Das Betreibungsamt versteigert das Liquidationsguthaben, obwohl es weiß, wenn auch nicht mit absoluter Sicherheit, daß es nicht besteht. Doch vertritt das Bundesgericht immer wieder die Auffassung, daß ohne vollständige Durchführung der Verwertung ein Verlustschein nicht ausgestellt werden darf. Die betreibungsamtliche Schätzung könne nie als so zuverlässig betrachtet werden, daß sie einen Beweis für den Verlust abzugeben vermöchte¹⁵⁾. Eine Frage der Schätzung ist es aber, ob ein gepfändeter Liquidationsanteil als wertlos zu bezeichnen ist. Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist es daher richtig, den Liquidationsanteil auch dann zu versteigern, wenn er aller Voraussicht nach wertlos ist.

¹⁵⁾ BGE Bd. 48 III S. 134.

Gerät der Teilhaber einer einfachen Gesellschaft in Konkurs, so wird die Gesellschaft von Gesetzes wegen aufgelöst (OR Art. 545 Ziff. 3). Bei der Liquidation wird das Konkursamt anstelle des konkursiten Gesellschafters mitwirken. Im übrigen aber wickelt sich die Liquidation nicht anders ab, als wenn die Auflösung der Gesellschaft zufolge Pfändung eines Liquidationsanteils erfolgt wäre. Befindet sich unter den Gesellschaftsaktiven eine Liegenschaft, deren Eigentümer die Gesellschafter zu gesamter Hand sind, so sind die auf der Liegenschaft lastenden Forderungen im Kollokationsplan nicht als grundpfandversichert aufzuführen. Sie sind vielmehr unter die unversicherten Forderungen aufzunehmen, weil Eigentümer des Pfandobjektes nicht der konkursite Gesellschafter, sondern die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit sind (KV Art. 61).

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß der Gesellschaftsgläubiger dadurch Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen kann, daß zu seinen Gunsten der Liquidationsanteil des betriebenen Gesellschafters gepfändet oder über diesen der Konkurs eröffnet wird. Dabei wird der Gesellschaftsgläubiger nicht aus dem gepfändeten oder mit Konkursbeschlag belegten Liquidationsguthaben befriedigt. Der Eingang aus diesem Guthaben wird nur zur Bezahlung von privaten Schulden des Gesellschafters verwendet. Der Gesellschaftsgläubiger wird vielmehr aus dem Gesellschaftsvermögen selbst bezahlt, soweit dieses dazu ausreicht. Der Beschlag des Liquidationsguthabens ist somit nur das Mittel, um die Auflösung der Gesellschaft, die Versilberung des Gesellschaftsvermögens und die Bezahlung der Gesellschaftsschulden aus dem Erlös zu erreichen. Die Praxis zeigt allerdings, daß in den seltensten Fällen die Auflösung der Gesellschaft zu einer Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger führt. Der Erlös der Gesellschaftsaktiven reicht gewöhnlich nicht aus, um die Gesellschaftsschulden zu bezahlen. Die Gesellschaft besitzt wirtschaftlich gespro-

chen nicht mehr als ihr Teilhaber, sonst wäre es nicht zur Pfändung des Liquidationsguthabens gekommen. Die Pfändung des Liquidationsguthabens führt deshalb auch verhältnismäßig selten zur Liquidation der Gesellschaft unter Mitwirkung des Betreibungsamtes. Gewöhnlich wird das Liquidationsguthaben versteigert.

IV.

Die Stellung des Gesellschaftsgläubigers, der auf dem Wege der Pfändung des Liquidationsguthabens eines Gesellschafters die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen suchen muß, ist ungünstig. Bei der Verteilung des Erlöses aus den Gesellschaftsaktiven genießt er gegenüber denjenigen Gläubigern, die keine Betreibung einleiteten, keine Vorzugsstellung. Die Verteilung erfolgt vielmehr ähnlich wie in einem Konkursverfahren, allerdings mit dem wesentlichen Unterschied, daß eine gleichmäßige Befriedigung mangels Schuldenrufs und Kollokationsplans nicht gewährleistet ist. Die Stellung des Gesellschaftsgläubigers wird nicht verbessert, wenn zu seinen Gunsten sämtliche Liquidationsanteile gepfändet wurden. Diese Pfändung ist dann möglich, wenn sämtliche Gesellschafter betrieben werden und wenn bei jedem einzelnen Gesellschafter die übrigen Aktiven zur Deckung der betriebenen Forderung nicht ausreichen. Werden sämtliche Liquidationsanteile vom gleichen Dritten versteigert, so wird damit der Dritte nicht Eigentümer des Gesellschaftsvermögens. Der Ersteigerer hat nur die Auseinandersetzungsguthaben sämtlicher Gesellschafter erworben¹⁶⁾. Werden in diesem Sonderfalle die Anteile nicht versteigert, sondern gemäß VAG Art. 12 die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft durchgeführt, so übt das Betreibungsamt bei der Liquidation die Rechte sämtlicher Gesellschafter aus.

¹⁶⁾ BGE 57 I Nr. 9.

Entgegen der hier vertretenen Auffassung nimmt Becker an, daß die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen möglich sei, wenn sie gegen alle Gesellschafter gerichtet werde, was einen gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Rechtstitel voraussetze¹⁷⁾. Becker lehnt sich mit seiner Ansicht offenbar an die Regelung im deutschen Recht an. DZPO § 36 läßt die Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer einfachen Gesellschaft zu, wenn ein gegen alle Gesellschafter vorhandenes Urteil vorliegt. Das SchKG und die VAG kennen aber keine entsprechende Bestimmung. Im Gegenteil, gemäß SchKG Art. 95 und VAG Art. 1 kann in einer Betreuung für Gesellschaftsschulden nur das Vermögen des Gesellschafters und nicht das Vermögen eines Dritten, der Gesellschaft, gepfändet werden. Siegwart scheint die Möglichkeit einer direkten Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zu verneinen¹⁸⁾. Er führt aus, die Zulassung komme auf eine Betreuung der Gesellschaft hinaus. Eine solche sei aber im Gegensatz zur Regelung der Kollektivgesellschaft nicht vorgesehen. Sie führe zu einer Bevorzugung des Gesellschaftsgläubigers, der betreibe, die nicht gewollt sei. Die Durchführung der Betreuung sei zudem dann erschwert, wenn die Gesellschafter an verschiedenen Orten wohnten und in verschiedenen Arten betrieben werden müßten.

Der Einwand Siegwarts, die Zulassung der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen führe zu einer Bevorzugung des betreffenden Gläubigers, ist nicht stichhaltig. Siegwart übersieht, daß auch bei der zufolge Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens durchgeführten Liquidation der Gesellschaft mangels Schuldenrufs und mangels Kollokationsplans keine Gewähr dafür besteht, daß alle Gesellschaftsgläubiger gleichmäßig befriedigt werden. Zudem liegt es in der Natur der Betrei-

¹⁷⁾ Komm. zum OR Art. 544 Ziff. I, 1 lit. a.

¹⁸⁾ Komm. zum OR, Bemerkung 34 zu Art. 544.

bung auf Pfändung, daß diejenigen Gläubiger, die zuerst betreiben, auch zuerst befriedigt werden. Wenn das Gesetz dieses Resultat tatsächlich hätte ausschließen wollen, so müßte es die Konkursbetreibung gegen die einfache Gesellschaft als zulässig erklären. Richtig ist, daß nach dem geltenden Recht die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen sicher dann ausgeschlossen sein muß, wenn einzelne oder sämtliche Gesellschafter der Konkursbetreibung unterliegen. Die Konkursbetreibung kann naturgemäß nur dazu führen, daß der Liquidationsanteil des Gesellschafters in die Konkursmasse einbezogen wird. Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen könnte daher nur erfolgen, wenn sämtliche Gesellschafter der Betreibung auf Pfändung unterliegen. Es wäre aber sicher wenig befriedigend, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer einfachen Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß alle Gesellschafter auf Pfändung betrieben werden können.

Will man die Exekution in das Gesellschaftsvermögen ermöglichen, ohne Rücksicht darauf, welcher Betreibungsart die einzelnen Gesellschafter unterliegen, so müßte die Betreibung analog der Betreibung auf Pfandverwertung behandelt werden. Das Gemeinsame der Betreibung auf Pfandverwertung und der hier in Erwägung gezogenen Betreibung für Gesellschaftsschulden liegt darin, daß bei beiden Betreibungen Vermögensobjekte vorweg verwertet werden, bevor auf das weitere Vermögen des betriebenen Schuldners gegriffen wird. Bei der Betreibung auf Pfandverwertung ist es das Pfandobjekt, bei der Betreibung für Gesellschaftsschulden sind es die Gesellschaftsaktiven, die vorweg verwertet werden. Dabei besteht allerdings der erhebliche Unterschied, daß der Schuldner, der seinem Gläubiger ein Pfand bestellt hat, verlangen kann, daß zunächst das Pfand verwertet wird, bevor der Gläubiger auf das weitere Vermögen greift (SchKG Art. 41). Der Teilhaber einer einfachen Gesellschaft hätte kein entsprechendes Recht. Der Gesellschaftsgläubiger könnte

vielmehr zwischen der Exekution in das Gesellschaftsvermögen und der sofortigen Exekution in das private Vermögen des Gesellschafters wählen. Verlangt der Gläubiger die Exekution in das Gesellschaftsvermögen, so müßte ähnlich wie bei der Betreibung auf Pfandverwertung ein Ausfallschein ausgestellt werden, falls dieses zur Deckung der betriebenen Forderung nicht ausreicht. Der Ausfallschein müßte den Gesellschaftsgläubiger berechtigen, die Betreibung gegen die einzelnen Gesellschafter nach der für sie geltenden Betreibungsart fortzusetzen. Durch diese Zweiteilung des Verfahrens ließe sich vermeiden, daß Gesellschaftsaktiven gleichzeitig mit dem persönlichen Vermögen der einzelnen Gesellschafter gepfändet werden müssen, falls die Gesellschaftsaktiven zur Deckung der betriebenen Forderung nicht ausreichen. Die gleichzeitige Pfändung von persönlichem Vermögen wäre übrigens nur denjenigen Gesellschaftern gegenüber möglich, die der Betreibung auf Pfändung unterliegen.

Für die Betreibung von Gesellschaftsschulden wäre ein besonderer Betreibungsort zu schaffen, sollen diejenigen Schwierigkeiten vermieden werden, die dann entstehen, wenn die einzelnen Gesellschafter verschiedenen Wohnsitz haben. Die Gemeinder, die gemäß ZGB Art. 342 Abs. 2 für die Schulden der Gemeinderschaft wie die Teilhaber der einfachen Gesellschaft solidarisch haften, können am Orte der gemeinsamen wirtschaftlichen Tätigkeit betrieben werden, falls nicht die Vertretung der Gemeinderschaft einem Gemeinder allein übertragen wurde (SchKG Art. 46 Abs. 2). Es wäre zu prüfen, ob für die Teilhaber einer einfachen Gesellschaft ein ähnlicher Betreibungsort zu schaffen ist. Denkbar wäre auch, daß als Betreibungsort der Ort bezeichnet wird, an welchem sich das Gesellschaftsvermögen oder sein wertvollster Teil befindet (vgl. SchKG Art. 51 Abs. 2). Endlich müßte für das Betreibungsamt im Betreibungsbegehren und damit auch im Zahlungsbefehl für den betriebenen Gesellschafter ersichtlich gemacht werden, daß es sich bei der

betriebenen Schuld um eine Gesellschaftsschuld handelt, daß auch die übrigen Gesellschafter betrieben wurden und daß das Gesellschaftsvermögen gepfändet werden soll. Der einzelne Gesellschafter erhält dadurch die Möglichkeit, durch Rechtsvorschlag zu bestreiten, daß es sich um eine Gesellschaftsschuld handelt. Behauptet ein Dritter, der vom Gesellschaftsgläubiger nicht betrieben wurde, ebenfalls Gesellschafter zu sein und will er sich der Exekution in das Gesellschaftsvermögen widersetzen, so hätte das Betreibungsamt zwischen ihm, den Gesellschaftern und dem betreibenden Gläubiger das Widerspruchsverfahren durchzuführen. Handelt es sich doch darum, zu entscheiden, wer Subjekt des gepfändeten Gesellschaftsvermögens ist, die Gesamtheit der betriebenen Gesellschafter oder diese Gesellschafter zusammen mit dem Dritten. Wird festgestellt, daß der Dritte ebenfalls Gesellschafter ist, so wäre die Pfändung des Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen, bis gegen diesen Dritten ebenfalls ein unbestrittener Zahlungsbefehl vorliegt oder ein Rechtsvorschlag durch Urteil beseitigt ist.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Exekution in das Vermögen einer einfachen Gesellschaft vom Standpunkt der Doktrin aus als zulässig erscheint. Das geltende Betreibungsgesetz bietet aber dieser Exekution nicht überwindbare Schwierigkeiten. Es wäre zu wünschen, daß bei einer Neuredaktion des Gesetzes die Exekution in das Vermögen einer einfachen Gesellschaft im Sinne der obigen Ausführungen ermöglicht wird.
