

heutigen Verfahren die nachträgliche Zustellung des Zahlungsbefehls durchsetzen. Da die Verwertung des Grundstückes erst nach vollständiger Durchführung des Einleitungsverfahrens gegenüber den Beschwerdeführern zulässig sein wird, sind überdies die Mitteilungen des Verwertungsbegehrens vom

23. August 1995 an J. und K. E. als nichtig zu betrachten. Die Gläubigerin wird somit ein neuerliches Verwertungsbegehren stellen müssen, wobei dies aber erst sechs Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls an die Beschwerdeführer möglich sein wird. Sollte von deren Seiten Rechtsvorschlag erhoben werden, wird die Zeit zwischen Anhebung und Erledigung der Klage bzw. die Dauer eines Rechtsöffnungsverfahrens nicht in die Berechnung fallen (Art. 154 Abs. 1 SchK, vgl. auch BGE 79 III 60 ff.).

SchKG 42/95

Entscheid vom 16. Oktober 1995

39 - Ausfallforderung; Verwertung (Art. 143 Abs. 2 SchKG; Art. 130, Art. 131 Sch KG; Art. 72 Abs. 1 VZG). **Die Verwertung der Ausfallforderung erfolgt grundsätzlich durch öffentliche Versteigerung; die Verwertung durch Forderungsüberweisung an Zahlungsstatt oder zur Eintreibung bedarf der Zustimmung aller beteiligten Gläubiger.**

Aus den Erwägungen:

Die Finanz AG hat auf die ihr am 17. Juni 1993 zugestellte Anzeige betreffend die Verwertung der Ausfallforderung gegen W innert der 10tägigen Frist von Art. 72 VZG das Begehren gestellt, die Ausfallforderung sei ihr abzutreten. Da die Finanz AG infolge Erwerbs entsprechender Forderungen Grundpfand- und Pfändungsgläubigerin im vorliegenden Vollstreckungsverfahren geworden ist, ist ihr Abtretungsbegehren beachtlich. Das Betreibungsamt konnte daher nicht ohne weiteres über das Abtretungsbegehren hinweggehen und zur öffentlichen Versteigerung der Ausfallforderung schreiten. Zu verfahren ist vielmehr nach Art. 72 VZG in Verbindung mit Art. 131 SchKG. Die öffentliche Versteigerung der Ausfallforderung ist nur dann ohne weiteres anzuordnen, wenn auf die Verwertungsanzeigen durch Formular VZG Nr. 14 überhaupt kein Begehren um eine der besonderen Verwertungsarten nach Art. 130 Ziff. 1 SchKG (Verkauf aus freier Hand), Art. 131 Abs. 1 SchKG (Abtretung an Zahlungsstatt) oder Art. 131 Abs. 2 SchKG (Erteilung einer Inkassovollmacht) eingeht. Wird hingegen irgendein derartiges Begehren eines Beteiligten gestellt, hat das Betreibungsamt vorab zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine

der genannten besonderen Verwertungsarten entweder bereits gegeben beziehungsweise noch zu erreichen sind. So darf aufgrund der Tatsache, dass innert der mit der Anzeige gesetzten Frist nicht bereits alle Gläubiger eine der besonderen Verwertungsarten

für sich beanspruchen oder für die Gesamtheit der Gläubiger oder für einzelne von ihnen beantragt haben, nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass sie ihre Zustimmung dazu verweigerten, dass einer der Gläubiger die Forderung an Zahlungsstatt oder zur Eintreibung übernehme. Wenn ein Gläubiger auf Anzeige hin kein Begehren stellt, bedeutet dies noch nicht, dass er sich gegen die Abtretung an einen bestimmten anderen Gläubiger ausgesprochen hat. Die Gläubiger haben sich hierüber zu verständigen. Hierzu muss demzufolge zuerst die Erklärung jener Beteiligten eingeholt werden, die sich auf die Verwertungsanzeige nicht haben vernehmen lassen, deren Zustimmung es jedoch bedarf, damit eine der besonderen Verwertungsarten stattfinden kann (vgl. BGE 50 III 180). Weder aus dem Begehren der Finanz AG vom 16. Juni 1993/5. Juli 1993 an das Betreibungsamt noch aus ihrer Beschwerdebegründung ist ersichtlich, ob die Beschwerdeführerin einen Forderungsübergang gemäss Art. 131 Abs. 1 SchKG oder einen solchen gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG beantragt. Die Frage braucht hier indessen nicht entschieden zu werden, setzen doch beide besondere Verwertungsarten grundsätzlich voraus, dass sämtliche übrigen, d.h. am Betreibungsverfahren beteiligten und ungedeckt gebliebenen Gläubiger einer Anweisung an Zahlungsstatt mit unmittelbarer Tilgungsfolge (Art. 131 Abs. 1 SchKG) beziehungsweise einem Inkassomandat (Art. 131 Abs. 2 SchKG) an die Finanz AG zustimmen (vgl. BGE 50 III 179 f., 93 III 48; obligatorisches Formular Nr. 34; C. Jaeger, Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, N. 2 und 8 zu Art. 131 SchKG). Einzig Brand (SJK, Nr. 988, 5.12) und Fritzsche/Walder (Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, § 30 Rz 25 A 62a) melden, jeweils gestützt auf BGE 43 III 62 f., Bedenken an, ob im Falle des Inkassomandats im Sinne von Art. 131 Abs. 2 SchKG die Zustimmung sämtlicher übrigen Gläubiger als Voraussetzung verlangt werden dürfe. Diese scheinbare Unsicherheit ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 131 Abs. 2 SchKG. Dieser bestimmt, dass die Erteilung eines Inkassomandats an einen Gläubiger «unter der gleichen Bedingung» erfolgen kann. Indessen nennt Abs. 1 von Art. 131 SchKG nicht nur eine Bedingung, sondern deren zwei; nämlich, dass es sich um eine Geldforderung des Schuldners ohne Markt- oder Börsenpreis handelt und dass sämtliche pfändenden Gläubiger die Abtretung verlangen. BGE 43 III 62 hat dazu erwogen, der Wortlaut von Art. 131 Abs. 2 SchKG

«unter der gleichen Bedingung» lasse auch die Auslegung zu, dass im Falle des Abs. 2 nur Voraussetzung sei, dass es sich um eine Forderung ohne Markt- oder Börsenpreis handle, hingegen die Zustimmung

sämtlicher Gläubiger zum Inkassomandat nicht Voraussetzung sei. Gegen diesen singulären Entscheid kann eingewendet werden, dass die Verwertung der mit Vollstreckungsbeschluss belegten Vermögenswerte grundsätzlich durch öffentliche Versteigerung erfolgt. Andere Arten der Verwertung haben Ausnahme-

charakter. Um solche Ausnahmen handelt es sich bei den von Art. 72 Abs. 1 VZG genannten Art. 130 Ziff. 1 sowie Art. 131 SchKG. In bezug auf das Zustimmungserfordernis sind die Wortlaute von Art. 130 Ziff. 1 SchKG und Art. 131 Abs. 1 SchKG klar. Dem Verkauf aus freier Hand müssen alle Beteiligten zustimmen, demnach auch sämtliche Pfand- und Pfändungsgläubiger. Der Abtretung an Zahlungsstatt müssen ebenfalls sämtliche Pfand- und Pfändungsgläubiger zustimmen (Art. 156 SchKG in Verbindung mit Art. 131 Abs. 1 SchKG). Es ist nun aber nicht einzusehen, warum im dritten und letzten Fall der besonderen Verwertungsart gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG (Inkassomandat) dies anders sein soll. Ein in der Sache begründetes Argument, dass von der Zustimmung sämtlicher Gläubiger abzusehen sei, lässt sich nicht finden. Dass der Gesetzgeber in Art. 131 Abs. 2 SchKG bewusst nur eine von zwei Bedingungen nannte, ohne sie gleichzeitig genau zu bezeichnen, ist kaum anzunehmen. Wie Fritzsche/Walder (a.a.O., § 30 Rz 25 Anmerkung 62a) ausführen, legt auch der französische Gesetzestext, der von «conditions» (im Plural) spricht, nahe, dass auch die Erteilung der Inkassovollmacht die Zustimmung aller Gläubiger zur Voraussetzung hat. Auch der zitierte BGE 43 II 59 ff. behandelt die Frage nicht primär als Auslegungsproblem von Art. 131 Abs. 2 SchKG, sondern - unausgesprochen - als Rechtsmissbrauchstatbestand. Der Pfändungsgläubiger, welcher zugleich Drittschuldner einer gepfändeten Forderung sei, könne deren Verwertung auf dem Wege

der Anweisung zur Eintreibung nicht durch Nichterteilung seiner Zustimmung verhindern. Das Interesse eines solchen Beteiligten an einem möglichst geringen Verwertungsergebnis stelle ein Sonderinteresse dar, das im Gegensatz zu jenem der übrigen Gläubiger und zum Prinzip des höchst möglichen Erlöses stehe. Diese an sich zutreffenden Überlegungen betreffen indessen nicht nur den Fall von Art. 131 Abs. 2 SchKG, sondern können als allgemeine Schranke der Rechtsausübung bei allen drei besonderen Verwertungsarten nach Art. 130 Ziff. 1 und Art. 131 Abs. 1 und 2 SchKG aufgefasst werden. Bezogen auf das vorliegende Verfahren ist festzustellen, dass die besondere Konstellation des genannten Bundesgerichtsentscheides nicht vorliegt, da W seine Zustimmung zur Abtretung nicht verweigert hat. Im einen wie im anderen Falle der Abtretung nach Art. 131 SchKG wird das Betreibungsamt demnach davon auszugehen haben, dass grundsätzlich sämtliche Gläubiger ihre Zustimmung für eine Abtretung an die Finanz AG erteilen müssen.

Die Beschwerde der Finanz AG ist demzufolge insoweit gutzuheissen,

als das Betreibungsamt angewiesen wird, die entsprechenden Erklärungen der übrigen Gläubiger zum Abtretungsbegehren der Finanz AG einzuholen. Wird die notwendige Zustimmung nicht erreicht, ist ohne Verzug zur Verwertung der Ausfallforderung auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung zu schreiten. Kommt dagegen die allseitige Zustimmung der ungedeckt geblie-

benen Gläubiger zustande, ist, je nachdem, auf welche Verwertungsform (Art. 131 Abs. 1 oder Abs. 2 SchKG) sich alle Gläubiger einigen, der übernahmewilligen Finanz AG eine Bescheinigung mittels des obligatorischen Formulars Nr. 33 (für die Anweisung an Zahlungsstatt gemäss Art. 131 Abs. 1 SchKG) oder des obligatorischen Formulars Nr. 34 (Bescheinigung der Übernahme zur Eintreibung gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG) auszustellen.

SchKG 48/94

Entscheidung vom 9. November 1994

SchKG 49/94

40 - Konkursöffnung; örtliche Zuständigkeit (Art. 46 ff., Art. 159 ff. SchKG).

- **Bei Zweifeln über seine örtliche Zuständigkeit hat der Konkursrichter das Verfahren auszusetzen und den Fall an die Aufsichtsbehörde zu überweisen (Art. 173 Abs. 2 SchKG) (Erw. 1).**
- **Der Wohnsitz und Betreibungsort eines Gewerbetreibenden liegt - ungeachtet der aus gewerbepolizeilichen Gründen dort hinterlegten Schriften - nicht am Ort seines Gewerbebetriebes, sondern am Wohnort seiner Familie als seinem Lebensmittelpunkt, an den er regelmässig zurückkehrt (Art. 23 ZGB) (Erw. 2).**

Erwägungen:

1. Der Entscheid über die Eröffnung des Konkurses weist das SchKG dem Richter zu (Art. 166 Abs. 1 SchKG). Findet der Konkursrichter in diesem Verfahren von sich aus, dass der Schuldner nicht der Konkursbetreibung unterliegt oder dass ein nicht handlungsfähiger Schuldner in gesetzwidriger Weise betrieben ist, so setzt er seine Erkenntnis aus und überweist den Fall der Aufsichtsbehörde. Der Beschluss der Aufsichtsbehörde wird dem Konkursgericht mitgeteilt, worauf das gerichtliche (Konkurs) Erkenntnis erfolgt (Art. 173 Abs. 2 und 3 SchKG). Die Betreibung auf Konkurs eines nicht der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldners oder eines handlungsunfähigen Schuldners sind krasse Fälle gesetzwidriger Betreibungshandlungen. Sie stellen nichtige Verfügungen dar, die stets und von allen Behörden und Richtern in jedem Stadium des Verfahrens von Amtes wegen festzustellen sind (vgl. die noch nicht in Kraft stehende Neufassung von Art. 173 Abs. 2 SchKG und Art. 22 Abs. 2 SchKG der Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 16. Dezember 1994). Das

Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung Art. 173 Abs. 2 SchKG auf den Fall der örtlichen Unzuständigkeit ausgedehnt (BGE 51 III 158 f., 54 III181, 118 III6, Pra 59 [1970] Nr. 85). Ergeben sich entspre-