

## **Auflösung einer einfachen Gesellschaft nach Pfändung eines Anteils am Gemeinschaftsvermögen und Scheitern von Einigungsverhandlungen (Art. 10 Abs. 2 VVAG) – Praxisänderung des Bundesgerichts**

*von Prof. Dr. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, Zürich*

Urteil des Bundesgerichts vom 11. Dezember 2007, II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_325/2007, Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen, vom 1. Mai 2007 (zur Publikation vorgesehen).

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

A.a Die Ehegatten E. und X. bilden eine einfache Gesellschaft und sind in dieser Eigenschaft Gesamteigentümer der Liegenschaften L.-GBBL. Nrn. xxxx, yyyy und zzzz. Sie befinden sich seit dem 27. Mai 2004 in Scheidung. Das Betreibungsamt B. pfändete in mehreren Betreibungsverfahren den Liquidationsanteil von E. an der einfachen Gesellschaft. Nach Eingang der Verwertungsbegehren führte das Betreibungsamt die Einigungsverhandlungen gemäss Art. 9 der Verordnung vom 17. Januar 1923 über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen (VVAG; SR 281.41) durch, welche ergebnislos verliefen.

A.b Daraufhin ordnete die kantonale Aufsichtsbehörde am 20. September 2006 die Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft an. Das Bundesgericht wies am 6. Februar 2007 die von X. gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war (7B.184/2006). Mit Verfügung vom 1. März 2007 stellte das Betreibungsamt fest, dass die einfache Gesellschaft mit Entscheid der Aufsichtsbehörde gekündigt worden sei und daher nach Ablauf von sechs Monaten gemäss Art. 546 OR per 20. März 2007 aufgelöst werde. Bereits am 9. März 2007 berichtigte das Betreibungsamt diese Verfügung, als dass die Auflösung per 6. August 2007 erfolgen werde. Die Wiedererwägung wurde mit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung für die vom Bundesgericht seinerzeit zu beurteilende Beschwerde begründet.

A.c Dagegen erhob der Gläubiger Y. Beschwerde bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, welche mit Entscheid vom 1. Mai 2007 gutgeheissen wurde.

Die Verfügung vom 9. März 2007 wurde aufgehoben und das Betreibungsamt angewiesen, das Vermögen der einfachen Gesellschaft festzustellen und zu verwerten.

#### **B.**

X. (Beschwerdeführerin) ist am 18. Juni 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht gelangt. Sie beantragt die Aufhebung des aufsichtsrechtlichen Entscheides und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Zudem sei festzustellen, dass die Auflösung der einfachen Gesellschaft durch förmliche, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Kündigung zu erfolgen habe, und das Betreibungsamt entsprechend anzuweisen.

*Erwägungen:*

1.

[1.1]

1.2 Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen, welche in diesem Bereich an die Stelle der Beschwerde in Betreibungssachen tritt (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG in Verbindung mit Art. 19 SchKG). Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen (Art. 75 Abs. 1 BGG). Beschwerdeentscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden über Verfügungen der Vollstreckungsorgane gemäss Art. 17 SchKG sind Endentscheide im Sinn von Art. 90 BGG (BGE 133 III 350 E. 1.2). Sie sind unabhängig von einer gesetzlichen Streitwertgrenze anfechtbar (Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG). Die Beschwerdeführerin konnte am kantonalen Verfahren nicht teilnehmen und hat zumindest als Gläubigerin ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides (Art. 72 Abs. 1 BGG). Auf die fristgerecht erhobene Beschwerde ist demnach einzutreten (Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG). Mit ihr kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht und kantonaler verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden (Art. 95 BGG). Die Feststellung des Sachverhaltes kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich, ist (Art. 9 BV; BGE 133 II 249 E. 1.2.2) oder auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255) und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG).

1.3 Die Aufsichtsbehörde hat nach einem erfolglosen Einigungsversuch das Betreibungsamt am 20. September 2006 angewiesen, die einfache Gesellschaft aufzulösen, das Gemeinschaftsvermögen festzustellen sowie den Erlös aus dem gepfändeten Liquidationsanteil an die Pfändungsgläubiger zu verteilen. Eine dagegen erhobene Beschwerde hat das Bundesgericht am 6. Februar 2007 abgewiesen. Im Anschluss daran stellte das Betreibungsamt fest, dass mit Entscheid der Aufsichtsbehörde vom 20. September 2006 die einfache Gesellschaft gekündigt worden sei und gestützt auf Art. 546 OR sechs Monate später aufgelöst werde. Diese Verfügung berichtigte es kurz darauf, indem es die Kündigung der einfachen Gesellschaft auf das bundesgerichtliche Urteilsdatum ansetzte, womit die Auflösung der einfachen Gesellschaft per 6. August 2007 erfolgen werde. Die kantonale Aufsichtsbehörde kam demgegenüber auf Beschwerde eines Gläubigers zum Schluss, dass die Auflösung der einfachen Gesellschaft keiner förmlichen Kündigung bedürfe, und wies daher das Betreibungsamt an, das Gemeinschaftsvermögen festzustellen und zu verwerten.

1.4 Die Beschwerdeführerin sieht durch den angefochtenen Entscheid Bundesrecht verletzt. Ihrer Ansicht nach lässt sich die Vorgehensweise der Vorinstanz mit Sinn und Wortlaut von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR und Art. 12 VVAG nicht vereinbaren. Sie begründet ihren Standpunkt mit dem blossen Hinweis auf BGE 52 III 6 ff. sowie den Kommentator *Stahelin* (Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, N 14 zu Art. 545/546 OR).

1.5 Die Aufsichtsbehörde entscheidet, ob das gepfändete Anteilsrecht versteigert wird oder ob die Auflösung der Gemeinschaft samt Verwertung ihres Vermögens vorzunehmen ist (Art. 10 Abs. 2 VVAG). Sie legt damit die Art der vom Betreibungsamt vorzunehmenden Verwertung verbindlich fest. Hält sie im konkreten Fall die Auflösung der Gemeinschaft für angebracht, so ordnet sie diese an. Es liegt ein Anwendungsfall von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR vor (*Raymond L. Bisang*, Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften, Diss. Zürich, 1978, S. 185/186). Durch

den Auflösungsentscheid der Aufsichtsbehörde tritt die Gemeinschaft ins Stadium der Liquidation, womit kein Platz für eine förmliche Kündigung mehr bleibt. Das Betreibungsamt hat lediglich die erforderlichen rechtlichen Vorkehren für die Verwertung zu treffen und übt dabei alle dem betriebenen Schuldner zustehenden Rechte aus (Art. 12 VVAG).

1.6 Zwar hielt das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 2. Februar 1926 eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Kündigung des Gesellschaftsvertrages gegenüber allen Mitgliedern für notwendig (BGE 52 III 4 ff.). Diese Auffassung wird von einem Teil der Lehre weiterhin vertreten (*Staelin*, a.a.O., N 14 zu Art. 545/546 OR; *Rutz*, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N 35 zu Art. 132 SchKG; *derselbe* in: *BlSchK* 1975, S. 137). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist aber auch wiederholt kritisiert worden. Dabei wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass die Auflösung der einfachen Gesellschaft nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR eintritt, wenn der Anteil eines Mitgliedes zur Zwangsverwertung gelangt (*Gilliéron*, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites*, N 39 zu Art. 132 SchKG; *Bisang*, a.a.O., S. 185). Hinzu kommt die in Art. 10 und 13 VVAG festgelegte Aufgabenteilung zwischen Aufsichtsbehörde und Betreibungsamt. Aufgrund ihrer Kompetenz, über die Verwertungsart des gepfändeten Anteils zu entscheiden, kann die Aufsichtsbehörde die Gemeinschaft auflösen und das Betreibungsamt die Liquidation des Vermögens vornehmen lassen. Nimmt die Aufsichtsbehörde ihre Kompetenz wahr, so bedarf es keiner zusätzlichen Kündigung mehr. Insoweit ist die bisherige Rechtsprechung zu präzisieren.

2.

Damit kann der Vorinstanz im Ergebnis keine Verletzung von Bundesrecht vorgeworfen werden und der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden.

### Bemerkungen:

1. Der Entscheid ist in dreierlei Hinsicht von Bedeutung: Erstens wird (wenn auch nur am Rand) die Frage der Legitimation einer Partei geklärt, welche am vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren nicht beteiligt war (dazu unter 2.). Zweitens wird klar, dass die Verletzung von Art. 545 OR auch mit Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide von SchKG-Aufsichtsbehörden gerügt werden kann (dazu unter 3.). Und drittens nimmt das Bundesgericht in Bezug auf Art. 10 Abs. 2 VVAG eine Praxisänderung vor (dazu unter 4.). Dem Entscheid ist in allen drei Teilfragen zuzustimmen. Schliesslich ist die Tragweite des Entscheids zu beurteilen (dazu unter 5.).

2. Das BGG verlangt für die Legitimation, Beschwerde in Zivilsachen zu führen, dass der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme hatte. Zudem muss er ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben (Art. 76 Abs. 1 BGG). Das Beschwerdeverfahren nach Art. 17 ff. SchKG ist nicht ein kontradiktorisches, sondern

ein Einparteienverfahren. Dies gilt auch für das Verfahren vor Bundesgericht (*Lorandi*, Art. 17 SchKG N 22, Art. 19 SchKG N 3). Damit stellt sich die Frage, ob eine Partei (wie z.B. der Vollstreckungsgegner), welche am vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren gar nicht teilnehmen konnte, gleichsam vor Bundesgericht als Beschwerdeführer auftreten kann (vgl. *Lorandi*, Besonderheiten der Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen, AJP 2007 [zit. Besonderheiten], S. 439 f.).

Das Bundesgericht bejahte dies vorliegend für die Beschwerdeführerin (welche Gläubigerin war) ohne Weiteres mit dem Hinweis darauf, dass die Beschwerdeführerin am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilnehmen konnte (E. 1.2; dass das Bundesgericht für die Legitimation auf Art. 72 Abs. 1 BGG verwies, muss ein Versehen sein; einschlägig ist Art. 76 Abs. 1 BGG). Auch wenn dem Sachverhalt nicht zu entnehmen ist, ob sich die Beschwerdeführerin am vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren mittels Vernehmlassung beteiligt hat, ist davon auszugehen, dass dies nicht notwendig ist, um vor Bundesgericht zur Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen legitimiert zu sein. Bei SchKG-Beschwerden ist vielmehr *stets* der Fall gegeben, dass ein Dritter, der erst vor Bundesgericht Beschwerde führt, am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilnehmen konnte. Seine Legitimation ist jedoch in gewissen Fällen beschränkt (vgl. *Lorandi*, Besonderheiten, S. 440).

3. Mit Beschwerde in Zivilsachen kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht und kantonalen verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht werden (Art. 95 BGG). Eine *Rechtsverletzung* kann nur in Bezug auf solche Normen vorliegen, welche die SchKG-Organe anzuwenden haben und damit verletzen können. Dies sind in aller Regel Normen des SchKG und deren Ausführungserlasse (*Lorandi*, Besonderheiten, S. 438).

Als *Ausnahme* gilt dies auch für bestimmte Normen des Zivilrechts. Zu diesen gehört auch Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR. Es handelt sich (auch) um eine Norm des Vollstreckungsrechts. Wird in einer Betreibung ein Anteil an einem Gemeinschaftsvermögen gepfändet und sind Einigungsverhandlungen gescheitert, hat die Aufsichtsbehörde diese Norm (und Art. 10 Abs. 2 VVAG) anzuwenden. Das Bundesgericht hat deshalb (wenn auch ohne weitere Begründung) zu Recht Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR als eine Norm erkannt, deren Verletzung mit Beschwerde in Zivilsachen gegen einen Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen (Art. 18 SchKG) geltend gemacht werden kann (E. 1.4).

4. Schliesslich stellte sich die Frage, ob nach Scheitern der Einigungsverhandlungen die Auflösung der einfachen Gesellschaft unter Beachtung ei-

ner Kündigungsfrist von sechs Monaten (Art. 546 Abs. 1 OR) oder durch Verfügung der SchKG-Aufsichtsbehörde (ohne Beachtung einer Kündigungsfrist) erfolgt.

a. In *BGE 52 III 6 f.* hatte das Bundesgericht entschieden, dass das Betreibungsamt in Ausführung der Verfügung der Aufsichtsbehörde, die Gemeinschaft aufzulösen, «eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Kündigung des Gesellschaftsvertrages [hätte] erlassen sollen» (*BGE 52 III 6*). Diese Auffassung wurde auch von der Lehre weitgehend geteilt (neben den in E. 1.6 zitierten Autoren vgl. die bei *BasK-Staehelin*, Art. 545/546 OR N 14 zitierten Autoren sowie Handkommentar-*Jung*, Art. 545–546 OR N 5). Auf dieses Präjudiz und die ihm folgenden Lehrmeinungen hatte sich die Beschwerdeführerin gestützt (E. 1.4).

b. Die *VVAG* sieht nach Pfändung eines Anteils an einem Gemeinschaftsvermögen bei Scheitern von Einigungsverhandlungen vor, dass die Aufsichtsbehörde (möglichst unter Berücksichtigung der Anträge der Beteiligten) verfügt, ob das gepfändete Anteilsrecht als solches versteigert wird oder ob die Auflösung der Gemeinschaft und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den für die betreffende Gemeinschaft geltenden Vorschriften herbeigeführt werden soll (Art. 10 Abs. 2 *VVAG*).

c. *Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR* besagt, dass die einfache Gesellschaft aufgelöst wird, wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt oder ein Gesellschafter in Konkurs fällt (oder bevormundet wird). In diesen Fällen ist weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Kündigungsfrist (Art. 546 OR) zu beachten; die Auflösung erfolgt mit Eintritt des genannten Ereignisses (*Bisang*, a.a.O., S. 185 f.; *BasK-Rutz*, Art. 132 SchKG N 35 f.; *ComR-Bettschard*, Art. 132 SchKG N 27; *Patrick Hoch*, Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich 2001, Rz. 163; *BGE 113 III 41 f.*; vgl. auch *BasK-Lehmann/Hänseler*, Art. 343 ZGB N 5 für den analogen Fall der Aufhebung einer Gemeinderschaft).

d. Der Wortlaut von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR erfasst an sich nur eine der beiden Alternativen von Art. 10 Abs. 2 *VVAG*; nämlich diejenige, in welcher der gepfändete Anteil zur Verwertung gelangt. Dasselbe muss jedoch auch für die andere Alternative gelten, d.h. wenn die Aufsichtsbehörde die Auflösung der einfachen Gesellschaft verfügt (*Bisang*, a.a.O., S. 185 f.; E. 1.5). Es ist nicht einzusehen, weshalb bei Verwertung des Liquidationsanteils eine Auflösung der Gesellschaft ex lege eintreten soll (vgl. vorne 4.c), während bei Verfügung der Auflösung der Gesellschaft durch die Aufsichtsbehörde eine Kündigung durch das Betreibungsamt (unter Einhaltung einer vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist [gemäss Art. 546 Abs. 1 OR sechs Monate]) notwendig sein soll (*Bisang*, a.a.O., S. 186; *Hoch*, a.a.O., Rz. 164 ff.). Beide Auflösungsgründe (Verwertung des Anteils und Auflösung der Gemeinschaft durch die SchKG-Aufsichtsbehörde) sind wertungsmäs-

sig gleichwertig. Beide Fälle fallen unter Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR. Es handelt sich denn auch nicht um eine rechtsgeschäftliche Kündigung (Art. 546 OR), sondern um eine Auflösung (durch die SchKG-Aufsichtsbehörde) qua hoheitlicher Gewalt; die Aufsichtsbehörde verfügt vielmehr (Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 Satz 1 VVAG) aufgrund ihrer Aufsichtsfunktion (*Eugen Spirig-Narjes*, Einigungsverhandlung, BLSchK 1977, S. 114). Durch die *Auflösungsverfügung* der Aufsichtsbehörde tritt die Gesellschaft in das Stadium der Liquidation; für eine förmliche Kündigung bleibt kein Raum (E. 1.5 und 1.6).

e. Diese *Praxisänderung* ist zu begrüßen. Sie ist richtig und konsequent (vgl. vorne 4.d). Das Bundesgericht bezeichnet diese Änderung der früheren Praxis als blosse Präzisierung («*Insoweit ist die bisherige Rechtsprechung zu präzisieren.*»; E. 1.6). Es ist unklar, weshalb sich das Bundesgericht – wie auch schon in anderen Entscheiden – scheut, Änderungen der früheren Praxis als solche zu deklarieren.

5. Die Praxisänderung betrifft den Fall einer *einfachen Gesellschaft* und damit Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR (E. 1.6). Die VVAG erfasst Anteile an *allen* Gemeinschaftsvermögen (Art. 1 Abs. 1 VVAG). Nach erfolgter Pfändung eines Anteils und gescheiterten Einigungsverhandlungen verweist Art. 10 Abs. 2 VVAG für die Auflösung und Liquidation auf die «für die betreffende Gemeinschaft geltenden Vorschriften». Damit stellt sich die Frage, ob der Bundesgerichtsentscheid auch für die Auflösung anderer Gemeinschaften gilt:

a. Aufgrund der analogen Regelung in Art. 343 Ziff. 3 ZGB («Die Aufhebung der Gemeinderschaft erfolgt: 3. wenn der gepfändete Anteil eines Gemeinders am Gemeinschaftsgute zur Verwertung gelangt ist») gilt diese Praxisänderung m.E. unmittelbar auch für die *Gemeinderschaft* (S. 336 ff. ZGB; vgl. auch *Bisang*, a.a.O., S. 183, 186 f.).

b. *Anders* verhält es sich in Bezug auf die *Kollektiv- und Kommanditgesellschaft*. Hier lauten die betreffenden Vorschriften über die Auflösung der Gesellschaft anders: Die Insolvenz eines Gesellschafters hat nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge (*Bisang*, a.a.O., S. 187, 198 f.; *BasK-Staehelin*, Art. 575 OR N 1). Aufgrund der Regelung von Art. 575 OR (welche qua Verweisung in Art. 619 Abs. 1 OR auch für die Kommanditgesellschaft gilt, und zwar auch in der Insolvenz des Kommanditärs [Art. 619 Abs. 2 OR]) bedarf es in der Insolvenz eines Gesellschafters vielmehr einer *Kündigung* (*Bisang*, a.a.O., S. 183, 187). Das Recht zur Kündigung steht in erster Linie dem *pfändenden Gläubiger* zu, nachdem er das Verwertungsbegehren gestellt hat und nachdem Einigungsverhandlungen gescheitert sind (Art. 575 Abs. 2 OR; Art. 7 VVAG). Die Aufsichtsbehörde kann dem Gläubiger Frist ansetzen, um das Kündigungsrecht auszuüben (*BasK-Rutz*, Art. 132 SchKG N 30; *BasK-Staehelin*, Art. 576 OR N 3).

Übt der Gläubiger das Kündigungsrecht aus, braucht es keinen Entscheid der Aufsichtsbehörde über die Verwertungsart (*Bisang*, a.a.O., S. 174). Unterlässt es der Gläubiger, sein Kündigungsrecht auszuüben, so hat die Aufsichtsbehörde die Verwertungsart gemäss Art. 10 VVAG zu bestimmen. Verfügt die Aufsichtsbehörde in diesem Fall die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, so hat das *Betreibungsamt* die Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist gemäss Art. 575 OR auszusprechen (*Bisang*, a.a.O., S. 175, 187).

c. Wiederum anders verhält es sich für die *Erbengemeinschaft*: Will die Aufsichtsbehörde die Auflösung herbeiführen (Art. 10 Abs. 2 VVAG), so hat das *Betreibungsamt* die Vornahme der Teilung unter Mitwirkung der nach Art. 609 ZGB zuständigen Behörde zu verlangen (Art. 12 Satz 2 VVAG; *BasK-Rutz*, Art. 132 SchKG N 38; *Bisang*, a.a.O., S. 184 f., 190 f.). Diese Behörde ist zur Teilungsklage gegen die übrigen Erben legitimiert (ZR 1970 Nr. 117).

