Urteilskopf

94 III 65

13. Entscheid vom 24. September 1968 i.S. Interfer Verwaltungs-AG
Regeste (de):
Rekurs an das Bundesgericht (Art. 19 SchKG). Das Bundesgericht ist befugt, auf einen ungültigen (z.B. verspäteten) Rekurs hin schlechthin nichtige Verfügungen eines Betreibungs- oder Konkursamtes (z.B. eine Konkursandrohung in einer nach Art. 43 SchKG auf Pfändung fortzusetzenden Betreibung) von Amtes wegen aufzuheben (Erw. 2; Klarstellung der Rechtsprechung).

Eine Betreibung gegen die als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragene Leitung eines Anlagefonds auf Erbringung der ihr durch Verfügung der Eidg. Bankenkommission auferlegten Sicherheitsleistung (Art. 43 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 1. Juli 1966) ist nicht gemäss Art. 43 SchKG auf Pfändung, sondern gemäss Art. 39 SchKG auf Konkurs fortzusetzen (Erw. 3).

Regeste (fr):
Recours au Tribunal fédéral (art. 19 LP). Le Tribunal fédéral, saisi d'un recours irrecevable (p.ex. tardif), peut annuler d'office une décision radicalement nulle de l'office des poursuites ou des faillites (p.ex. une comminations de faillite dans une poursuite qui doit se continuer par voie de saisie en vertu de l'art. 43 LP) (consid. 2; éclaircissements apportés à la jurisprudence).

La poursuite intentée à la direction d'un fonds de placement inscrite au registre du commerce comme société anonyme, poursuite qui tend à la fourniture de sûretés ordonnée par la commission fédérale des banques (art. 43 al. 2 de la loi fédérale sur les fonds de placement du 1er juillet 1966) ne doit pas se continuer par voie de saisie en vertu de l'art. 43 LP, mais par voie de faillite conformément à l'art. 39 LP (consid. 3).

Regesto (it):
Ricorso al Tribunale federale (art. 19 LEF). Il Tribunale federale, adito con un ricorso irricevibile (ad es. tardivo), può annullare d'ufficio decisioni radicalmente nulle di un ufficio di esecuzione efallimenti (ad es. una comminatoria di fallimento emessa in una esecuzione che deve proseguire in via di pignoramento giusta l'art. 43 LEF) (consid. 2; chiarimento della giurisprudenza).

L'esecuzione promossa contro la direzione di un fondo d'investimento iscritta nel registro di commercio come società anonima, per la prestazione di garanzie ordinata dalla commissione federale delle banche (art. 43 cpv. 2 della LF sui fondi d'investimento del 1. luglio 1966) non deve continuare attraverso la via del pignoramento giusta l'art. 43 LEF, ma attraverso la via del fallimento giusta l'art. 39 LEF (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 66

A.- Die Interfer AG in Zürich errichtete und leitete den Internationalen Ferienhaus-Anlagefonds Interfer. Am 8. November 1967 beschloss eine ausserordentliche Generalversammlung der Interfer AG, die Firma auf Interfer Verwaltungs-Aktiengesellschaft abzuändern und den Gesellschaftssitz nach Vaduz zu verlegen. Gleichzeitig wählte sie einen Anwalt in Vaduz anstelle des zurücktretenden X. zum einzigen Verwaltungsrat. Die Inter-

fer Verwaltungs-Aktiengesellschaft wurde am 14. November 1967 im Öffentlichkeitsregister des Fürstentums Liechtenstein eingetragen. Die Firmenänderung, die Sitzverlegung und das Erlöschen der Unterschrift von X. wurden am 23. Januar 1968 im Schweiz. Handelsamtsblatt veröffentlicht mit dem Bemerken, die Voraussetzungen für die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister des Kantons Zürich (Art. 51 Abs. 2 HRV) seien nicht erfüllt, so dass die Gesellschaft vorderhand wie bisher in diesem Register eingetragen bleibe.

B.- Mit Verfügung vom 23. November 1967 verpflichtete die Eidg. Bankenkommission als Aufsichtsbehörde über die Anlagefonds die Interfer AG gestützt auf Art. 43 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 1. Juli 1966 (AFG), Ansprüche der Anleger durch Hinterlegung von Fr. 50'000.– in bar oder in Wertpapieren bei der Zürcher Kantonalbank sicherzustellen. Am gleichen Tag entzog sie der Interfer AG die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit (Art. 44 Abs. 1 AFG). Mit Zahlungsbefehl Nr. 6755 vom 6. Dezember 1967 betrieb sie die Interfer AG für Fr. 50'000.– auf Sicherheitsleistung. Nachdem der Rechtsöffnungsrichter den Rechtsvorschlag der Schuldnerin aufgehoben und das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerden der Interfer Verwaltungs-Aktiengesellschaft gegen die Verfügungen der Bankenkommission vom 23. November 1967 abgewiesen hatte (BGE 94 I 77 ff.), drohte

das Betreibungsamt Zürich 6 der Interfer AG am 5. März 1968 den Konkurs an. Am 26. März 1968 stellte die Bankenkommission das Konkursbegehren. Der Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich fand, die Betreibung gegen die Interfer AG sei in analoger Anwendung von Art. 43 SchKG auf Pfändung fortzusetzen. Er setzte deshalb sein Erkenntnis aus und überwies den Fall der untern Aufsichtsbehörde, damit sie über die Art der Fortsetzung der Betreibung entscheide (Art. 173 Abs. 2 SchKG). Die untere Aufsichtsbehörde hob die Konkursandrohung auf und wies das Betreibungsamt an, die Betreibung auf dem Wege der Pfändung fortzusetzen. Die obere kantonale Aufsichtsbehörde, an welche die Bankenkommission rekurrierte, bestätigte dagegen mit Entscheid vom 4. Juli 1968 die Konkursandrohung.

C.- Diesen Entscheid hat die Interfer Verwaltungs-Aktiengesellschaft an das Bundesgericht weitergezogen mit dem Antrag, die Konkursandrohung sei aufzuheben. Dem Rekurs wurde aufschiebende Wirkung erteilt.
Die Bankenkommission beantragt, auf den Rekurs nicht einzutreten, eventuell ihn abzuweisen.

Erwägungen

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Wie das Bundesgericht in seinem Urteil vom 1. März 1968 über die Verwaltungsgerichtsbeschwerden der Interfer Verwaltungs-Aktiengesellschaft festgestellt hat (nicht veröffentlichte Erwägung 3; vgl. dazu HIRSCH und PERRIN in JdT 1968 I 544 ff.) und auch von der Vorinstanz angenommen wird, sind die Interfer Verwaltungs-Aktiengesellschaft und die Interfer AG identisch. Die Interfer Verwaltungs-Aktiengesellschaft war daher befugt, den die Konkursandrohung gegen die Interfer AG bestätigenden Entscheid der Vorinstanz an das Bundesgericht weiterzuziehen.

2. Der angefochtene Entscheid ging dem Vertreter der Rekurrentin gemäss Empfangsschein am 8. Juli 1968 zu. Die zehntägige Rekursfrist des Art. 19 Abs. 1 SchKG lief also mit dem 18. Juli 1968 ab (vgl. Art. 31 Abs. 1 SchKG; ferner Art. 33 Abs. 2 OG, wonach die Fristen in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen während der Gerichtsferien nicht stillstehen). Der am 19. Juli 1968 zur Post gegebene Rekurs ist daher verspätet.

Die Betreibungshandlungen, mit denen eine Betreibung unrichtigerweise auf Pfändung statt auf Konkurs oder auf Konkurs statt auf Pfändung fortgesetzt wird, sind jedoch wegen der dadurch betroffenen Interessen Dritter schlechthin nichtig und daher grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, ob sie innert gesetzlicher Frist angefochten wurden oder nicht, von Amtes wegen aufzuheben (BGE 79 III 16 /17 mit Hinweisen; vgl. ausserdem BGE 67 III 41 und JAEGER N. 9 zu Art. 17, S. 36 Mitte, N. 6 zu Art. 43 und N. 6 zu Art. 173 SchKG). Die Frage, wie die Betreibung Nr. 6755 fortzusetzen sei, ist daher trotz der Verspätung des Rekurses zu prüfen. In BGE 44 III 29 f. hat das Bundesgericht allerdings erklärt, die Befugnis, Verstösse gegen zwingende Vorschriften von Amtes wegen, auch beim Fehlen einer formell gültigen Beschwerde, zu beseitigen, stehe nur den kantonalen Aufsichtsbehörden, nicht auch dem Bundesgericht zu, weil es die Amtsführung der Betreibungs- und Konkursämter nicht unmittelbar zu überwachen, sondern nur zu prüfen habe, ob die kantonalen Aufsichtsbehörden bei ihren Entscheiden das Gesetz verletzt haben; es könne nach Art. 15 SchKG nur an diese Behörden Weisungen allgemeiner Art erlassen; in konkreten Fällen einzuschreiten und eine Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde aufzuheben, ohne dass eine gültige Beschwerde (an es) vorliege, sei ihm daher nicht möglich. In BGE 47 III 119 führte es u.a. aus, in ein einzelnes Konkursverfahren könne es "nur eingreifen auf Grund eines gegen die Verfügung eines kantonalen Amtes gerichteten Rekurses"; hievon dürfe, "wenn das Verfahren nicht anarchisch werden soll", nicht abgegangen werden; allein die Kantone hätten die Disziplinargewalt über die Konkursbeamten und seien für ihre Geschäftsführung verantwortlich; ihnen möge daher das Recht zuzugestehen sein, zur Abwendung oder Wiedergutmachung von Schädigungen und damit zur Vermeidung ihrer Haftung in ein hängiges Verfahren einzugreifen, ohne dass Beschwerde erhoben worden wäre; dem Bundesgericht könne dagegen eine solche Kompetenz nicht zustehen, da es keine Disziplinarbefugnis habe und eine Ersatzpflicht für den Bund nicht in Frage komme. Ohne zu diesen Entscheiden Stellung zu nehmen, hob das Bundesgericht in BGE 77 III 75 ff. auf einen verspäteten Rekurs hin einen Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde auf und wies die Sache zur Abklärung der Frage, ob die Gläubigerin

(wie vom Schuldner in der Beschwerde und im Rekurs behauptet) die Betreibung zurückgezogen habe, an die Vorinstanz zurück, weil bejahendenfalls die Fortsetzung der Betreibung nichtig wäre und die Nichtigkeit von Betreibungshandlungen jederzeit vor den Aufsichtsbehörden aller Instanzen geltend gemacht werden könne, so dass das Bundesgericht zum Einschreiten berechtigt sei. In BGE 79 III 9 nahm das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 44 III 29 /30 und BGE 47 III 119 an, es könne nichtige Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter ohne Rücksicht darauf, ob eine zur Beschwerdeführung befugte Person sie innert der Frist von Art. 17 Abs. 2 SchKG angefochten habe oder nicht, jedenfalls dann von Amtes wegen aufheben, wenn es sich infolge eines gültigen Rekurses gegen einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde mit dem betreffenden Betreibungs- oder Konkursverfahren zu befassen habe (was im damals zu beurteilenden Falle zutraf). In BGE 87 III 99 /100 bemerkte es, die Rechtsprechung, wonach das Bundesgericht nur auf einen gültigen Rekurs hin eingreifen könne, sei in der Lehre kritisiert worden (BAUHOFER in SJZ 1922/23 S. 4 f.; vgl. ausserdem KELLER in Schweiz. Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht sowie Zivilprozessrecht 1921 S. 21; O. DEGGELLER, Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen an das Schweiz. Bundesgericht, Zürcher Diss. 1923, S. 43 f.; SIMOND, Rekurs an das Schweiz. Bundesgericht im Sinne von Art. 19 Abs. 2 SchKG, SJK Nr. 628, 1958, § 6 S. 13/14; FAVRE, Droit des poursuites, 2. Aufl. 1967, S. 75 unter 2; im Sinne der ursprünglichen Praxis SCHWANDER, BlSchK 1954 S.11); ihre Überprüfung erübrige sich aber, da ein gültiger Rekurs vorliege. Anders als in den beiden zuletzt genannten Fällen muss im vorliegenden Falle wegen

der Verspätung des Rekurses entschieden werden, ob das Bundesgericht nichtige Betreibungshandlungen auch beim Fehlen eines gültigen Rekurses aufheben könne; denn nur bei Bejahung dieser Frage hat es sich mit der Frage zu befassen, ob die streitige Konkursandrohung zu Recht erfolgt sei. An den in BGE 44 III 29 f. und BGE 47 III 119 angestellten Erwägungen ist festzuhalten, soweit sie als unzulässig erklären, dass das Bundesgericht nichtige Verfügungen eines Betreibungs- oder Konkursamtes ausserhalb eines Weiterziehungsverfahrens im

Sinne von Art. 19 SchKG aufhebt. Solche Eingriffe vertrügen sich nicht damit, dass das Bundesgericht nach Art. 15 SchKG bloss die Oberaufsicht über das Betreibungs- und Konkurswesen, also nicht eine unmittelbare Aufsicht über die kantonalen Betreibungs- und Konkursämter ausübt und dass es dementsprechend nach Art. 19 SchKG erst angerufen werden kann, nachdem die kantonale Aufsichtsbehörde entschieden (oder eine Rechtsverweigerung oder -verzögerung begangen) hat. Im einzelnen Falle - z.B. auf eine blosse Anzeige hin - der Entscheidung der kantonalen Aufsichtsbehörde vorzugreifen, wäre mit den Anforderungen eines geordneten Verfahrens unvereinbar. Der seinerzeit aufgestellte Grundsatz, dass das Bundesgericht stets nur auf eine gültige Weiterziehung hin in ein bestimmtes Verfahren eingreifen könne, ist dagegen in Übereinstimmung mit den genannten Autoren und mit dem - freilich nicht näher begründeten - Entscheide BGE 77 III 75 ff. fallen zu lassen. Wird ein Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde an das Bundesgericht weitergezogen und bemerkt das Bundesgericht bei dieser Gelegenheit, dass dem Betreibungs- oder Konkursamt oder der kantonalen Aufsichtsbehörde eine nichtige Anordnung unterlaufen ist, so muss es befugt sein, diese Anordnung aufzuheben, auch wenn die Weiterziehung nicht innert der Frist von Art. 19 Abs. 1 SchKG oder nicht in gehöriger Form oder nicht durch eine dazu befugte Person erfolgt ist. Es hat im Falle der Weiterziehung eines Entscheides der kantonalen Aufsichtsbehörde in gleicher Weise wie diese dafür zu sorgen, dass die zwingenden Vorschriften des Gesetzes unter allen Umständen beachtet werden. Die Befugnis, gegen nichtige Verfügungen von Amtes wegen einzuschreiten, steht den kantonalen Aufsichtsbehörden nicht auf Grund ihrer Disziplinargewalt über die Betreibungs- und Konkursbeamten und auch nicht etwa bloss deswegen zu, weil die Kantone nach Art. 6 Abs. 1 SchKG für den von ihren Betreibungs- und Konkursbeamten verschuldeten Schaden subsidiär haften. Der Umstand, dass das Bundesgericht über die Betreibungs- und Konkursbeamten keine Disziplinargewalt besitzt (vgl. BGE 94 III 61 mit Hinweisen) und dass der Bund für den von diesen Beamten verschuldeten Schaden nicht haftet, kann daher entgegen der in BGE 47 III 119 vertretenen Auffassung nicht dazu führen, dem Bundesgericht die erwähnte Kompetenz abzusprechen. Das öffentliche Interesse, welches

die Befugnis der kantonalen Aufsichtsbehörden zur Beseitigung nichtiger Verfügungen von Amtes wegen rechtfertigt, ist auch vom Bundesgericht zu wahren, falls ein Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde an es weitergezogen wird und es dabei auf eine nichtige Anordnung stösst. Das will freilich nicht heissen, dass das Bundesgericht auch dann, wenn ein Rekurs sich als ungültig erweist, stets die ganzen Akten nach allfälligen nichtigen Verfügungen zu durchforschen habe und dass das Übersehen einer solchen Verfügung einen Revisionsgrund bedeuten würde; denn wenn man dies annähme, verlören die gesetzlichen Vorschriften über die Rekursfrist, über die Anforderungen an die Rekursschrift und über die Rekurslegitimation ihren Sinn. Das Bundesgericht kann und soll vielmehr auf einen ungültigen Rekurs hin nur eingreifen, wenn es auf eine nichtige Handlung tatsächlich aufmerksam wird. Ausgeschlossen ist die Ungültigerklärung einer Verfügung, wenn die in Frage stehende Anordnung nicht mehr rückgängig gemacht oder berichtigt werden kann (Art. 21 SchKG; vgl. 73 III 25, 77 III 78, 86 III 109, 91 III 46 E. 7). FRITZSCHE empfiehlt den Aufsichtsbehörden hinsichtlich

des Einschreitens von Amtes wegen überdies eine gewisse Zurückhaltung, weil durch solche Eingriffe auch "Unheil" entstehen könne (Schuldbetreibung u. Konkurs I, 1967, S. 46/47). Solche Gründe stehen im vorliegenden Falle (wo die Weiterziehung nur einen Tag zu spät erfolgte) der Prüfung der Frage, ob die streitige Konkursandrohung zu Recht erfolgt oder wegen Verletzung von Art. 43 SchKG nichtig sei, nicht im Wege. Es bleibt somit dabei, dass diese Frage trotz der Verspätung des Rekurses zu entscheiden ist.

3. Die Interfer AG unterliegt, da sie als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen ist, gemäss Art. 39 SchKG grundsätzlich der Konkursbetreibung. Art. 43 SchKG, auf den die Rekurrentin sich beruft, schreibt vor, die Betreibung für Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte erfolge auch gegen die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner auf dem Wege der Pfändung oder der Pfandverwertung. Diese Bestimmung ist systemwidrig. Sie bricht, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, in den Grundsatz ein, dass sich nach der Person des Schuldners bestimmt, ob die Sondervollstreckung oder die

allgemeine Liquidation des Vermögens einzutreten habe. Sie ist daher nicht ausdehnend auszulegen. Nach Art. 43 Abs. 2 AFG, auf den die der vorliegenden Betreibung zugrunde liegende Verfügung der Bankenkommission sich stützt, kann diese Behörde die Leitung eines Anlagefonds zur Sicherheitsleistung verpflichten, wenn die Rechte der Anleger gefährdet erscheinen. Diese Sicherungsmassnahme soll nach der Botschaft des Bundesrats (BBl 1965 III 330, Bemerkungen zu Art. 42 Abs. 2 des Entwurfs) dafür sorgen, dass die vorhandenen eigenen Mittel den Anlegern für die Deckung von Schadenersatzansprüchen weiterhin haften. Die Leistung, die durch die vorliegende Betreibung erzwungen werden soll, besteht also offensichtlich nicht in der Bezahlung von Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln oder Bussen oder in der Bestellung einer Sicherheit für solche Ansprüche, sondern es handelt sich dabei um eine Leistung ganz anderer Art. Die in Frage stehende Sicherstellung lässt sich aber auch nicht zu den "andern im öffentlichen Rechte begründeten Leistungen an öffentliche Kassen" rechnen, die Art. 43 SchKG neben den Steuern usw. erwähnt. (Von einer Leistung an Beamte im Sinne von Art. 43 SchKG kann dabei von vornherein nicht die Rede sein.) Die Bankenkommission erfüllt mit der Beaufsichtigung der Anlagefonds zwar eine gewerbepolizeiliche Aufgabe (BBl 1965 III 312). Die Vorschriften des AFG über die öffentliche Aufsicht (Art. 40-47) gehören dementsprechend grundsätzlich dem öffentlichen Rechte an. Das genügt aber nicht, um die Anwendung des Art. 43 SchKG auf eine Betreibung zur Durchsetzung einer Sicherstellungsverfügung im Sinne von Art. 43 Abs. 2 AFG zu rechtfertigen. Unter den in Art. 43 SchKG verwendeten Begriff der im öffentlichen Recht begründeten Leistungen an öffentliche Kassen fallen nur Leistungen, die der Staat bestimmten Personen im öffentlichen Interesse auferlegt hat und die einer öffentlichen Körperschaft oder Anstalt zugute kommen (vgl. BGE 54 III 224 ff. Erw. 2). Die Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 43 Abs. 2 AFG hat nicht diesen Charakter. Sie dient, wie die Vorinstanz zutreffend annimmt, der Sicherung der Ansprüche bestimmter Privatpersonen, nämlich der Schadenersatzansprüche der Anleger. (Die vertraglichen Ansprüche der Anleger auf das Fondsvermögen werden durch das Aussonderungsrecht nach Art. 17 AFG geschützt.) Sie kommt nur diesen Privaten zugut, nicht

dem Gemeinwesen oder einer öffentlichen Anstalt, wie das nach dem eben angeführten Entscheide für die SUVA-Prämien zutrifft. Die Zürcher Kantonalbank, bei welcher die Sicherstellung nach der Verfügung der Bankenkommission vom 23. November 1967 zu erfolgen hat, ist zwar eine öffentliche Anstalt (§ 1 des Gesetzes

über die Zürcher Kantonalbank vom 28. Mai 1967), hat aber die von der Interfer AG zu bestellende Sicherheit nur als Hinterlegungsstelle entgegenzunehmen, so dass sie nicht ihr zugute kommt. In welcher Weise die Hinterlage von Fr. 50'000.– die Schadenersatzansprüche der Anleger sichern soll, ist unter dem Gesichtspunkte von Art. 43 SchKG unerheblich. Insbesondere kommt in diesem Zusammenhang nichts darauf an, ob die Anleger an einer solchen Sicherheit ein Vorzugsrecht besitzen oder ob die Sicherung nach dem Sinne des Gesetzes nur darin bestehen soll, dass der Fondsleitung eigene Mittel erhalten bleiben, die für allfällige Schadenersatzansprüche der Anleger (und daneben für die Forderungen allfälliger weiterer Gläubiger) in einem gewissen Umfang Deckung bieten. Weder im einen noch im andern Falle widerstrebt die Natur der Sicherstellung einer Betreibungsart, die beim Ausbleiben der Leistung die allgemeine Liquidation des Vermögens der Fondsleitung nach sich zieht. Die Anwendung von Art. 43 SchKG ist daher abzulehnen, ohne dass zu prüfen wäre, welche Bewandtnis es mit der Sicherstellung im Sinne von Art. 43 Abs. 2 AFG im einzelnen habe. Dass das angewendete Kriterium dem Betreibungsamte, das die Betreibungsart zu bestimmen hat (Art. 38 Abs. 3 SchKG), eine zu schwierige Entscheidung zumute, trifft nicht zu. Die Anwendung von Art. 43 SchKG gemäss dem Vorschlag der Rekurrentin grundsätzlich einfach davon abhängen zu lassen, ob die in Betreibung gesetzte Forderung von einer Verwaltungsbehörde geltend gemacht wird oder nicht, ist nicht am Platze. Eine solche Lösung widerspräche dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes.

Dispositiv

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:
Der Rekurs wird abgewiesen.