

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 22, 39 Abs. 1, 173 Abs. 2 und 174 Abs. 1 SchKG; § 208 Ziff. 1 ZPO. – Keine Legitimation des Konkursamtes zur Beschwerde gegen das Konkursdekret, um dessen Nichtigkeit feststellen zu lassen (E. 1; Änderung der Rechtsprechung). Ein Konkursdekret darf von den Konkursbehörden dann als unwirksam betrachtet und sein Vollzug abgelehnt werden, wenn es offensichtlich nichtig ist und die Durchführung des Konkurses noch nicht an die Hand genommen wurde (E. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichtes innert 10 Tagen nach seiner Eröffnung an das obere Gericht weitergezogen werden, und die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nach dem zugerischen Verfahrensrecht steht dafür das Rechtsmittel der Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts zur Verfügung (§ 208 Ziff. 1 ZPO). Die Rechtsmittellegitimation bestimmt sich grundsätzlich aber gleichwohl nach dem Bundesrecht (vgl. Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 36 RZ 53). Danach sind der Schuldner sowie der Gläubiger, der das Konkursbegehren gestellt hat, zum Weiterzug legitimiert, nicht aber die Gläubiger, die am Verfahren nicht beteiligt waren (BGE 111 III 68; 123 III 403 für den Fall der Konkurseröffnung zufolge Insolvenzerklärung des Schuldners).

Die Legitimation des Konkursamtes wird von der kantonalen Praxis uneinheitlich beurteilt (vgl. zum Nachweis Roger Giroud in: Stähelin/Bauer/Stähelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Basel/Genf/München 1998, N 14 zu Art. 174). Die bisherige zugerische Praxis hat die Legitimation des Konkursamtes für den Fall, dass dieses die Nichtigkeit des Konkursdekretes geltend macht, bejaht, letztmals in einem Entscheid vom 16. Juli 1993 (JZ 1993/57.97). Die Justizkommission hat sich dort im Wesentlichen auf die Meinung Brands (SJK 1994, S. 3) sowie Werner Baumanns (Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Zürich 1997, S. 140 Anm. 5) gestützt, welche Autoren dem nicht betreibenden Gläubiger ausnahmsweise im Falle der Konkurseröffnung durch einen örtlich unzuständigen Richter die Rechtsmittellegitimation zusprechen wollen; diese Legitimation folge aus der Nichtigkeit des diesbezüglichen Erkenntnisses. Die Justizkommission hielt deshalb dafür, es sei nicht einzusehen, weshalb nicht auch das Konkursamt, stellvertretend für die Gläubiger, zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimiert sein sollte. Sie führte dazu im Weiteren aus, trage man nämlich der in BGE 100 III 22 geäußerten Ansicht des Bundesgerichtes konsequent Rechnung, wonach die Verantwortung für die Konkurseröffnung allein der Richter trage, auch wenn dieser in anderen Angelegenheiten gewisse Fragen der

Behörde zuzuweisen habe, könnte das Konkursamt es nicht ablehnen, ein Konkursverfahren aufgrund einer nichtigen Konkurseröffnung durchzuführen. Letztlich trüge sonst die Verantwortung für die Konkurseröffnung nicht der Konkursrichter bzw. die Rechtsmittelinstanz, sondern die Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs.

Dieser Entscheid der Justizkommission erging allerdings noch unter dem alten Recht. Dieses bezeichnete die zur Weiterziehung Berechtigten nicht. Aus dem Wortlaut von Art. 174 Abs. 1 des revidierten SchKG geht dagegen unmissverständlich hervor, dass «die Parteien» das Konkurserkenntnis weiterziehen können. Das Bundesgericht hat deshalb in einem jüngsten Entscheid BGE 123 III 402 festgehalten, dass unter diesen Umständen von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen sei (mit Hinweis auf BGE 123 II 69 E. 3, insbes. 3c S. 73; 120 V 15 E. 4a unten). Zwar betraf der Entscheid die Frage der Beschwerdelegitimation der Gläubiger im Falle der Konkurseröffnung zufolge Insolvenzerklärung des Schuldners. Roger Giroud (a.a.O., N 14 zu Art. 174) folgert aber daraus – zu Recht – allgemein, dass auch das Konkursamt nicht Partei und somit ebenfalls nicht zu einem Weiterzug des Konkursdekretes legitimiert sei. An der bisherigen Rechtsprechung der Justizkommission, wonach das Konkursamt ausnahmsweise zur Beschwerde gegen das Konkursdekret legitimiert ist, wenn es damit die absolute Nichtigkeit einer Konkurseröffnung feststellen lassen will, kann deshalb unter dem geltenden Recht nicht mehr festgehalten werden. Auf die Beschwerde ist daher unter diesem Gesichtspunkt nicht einzutreten.

2. a) Nach Art. 39 Abs. 1 SchKG unterliegt nur derjenige Schuldner der Konkursbetreibung, der in einer bestimmten Eigenschaft im Handelsregister eingetragen ist. Fehlt es an einem solchen Eintrag, gleichgültig aus welchem Grunde, kann eine Betreibung nicht auf Konkurs fortgesetzt werden. Es ist mithin ein leitender Grundsatz des Gesetzes, dass (von den besonderen Ausnahmen abgesehen) der Konkurs nur über den Eingetragenen eröffnet werden soll, und dieser Grundsatz soll nach Möglichkeit von Amtes wegen beachtet werden. Es hat daher noch der Konkursrichter, wenn er findet, dass der Schuldner nicht der Konkursbetreibung unterliegt, gestützt auf Art. 173 Abs. 2 SchKG das Konkurserkenntnis auszusetzen und den Fall der Aufsichtsbehörde zu überweisen (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. A., Zürich 1993, § 36 Rz 2). Die Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege der Pfändung anstatt des Konkurses (oder umgekehrt) ist nach der Rechtsprechung nichtig (Walder, SchKG Textausgabe, 14. A., Zürich 1997, S. 25 mit Hinweis auf BGE 120 III 106). Fehlt es aber an einer gültigen Konkursandrohung, so ist grundsätzlich auch die Konkurseröffnung als nichtig zu betrachten.

b) Aufgrund der vorliegenden Akten ist davon auszugehen, dass S. im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht im Handelsregister eingetragen war. Laut dem Handelsregisteramt Olten-Gösgen war auch früher nie eine Einzel-

firma S. Fugentechnik in Niedergösgen eingetragen. Hingegen war S. nach Angaben des Handelsregisteramtes Olten-Gösgen bis 1997 als geschäftsführendes Mitglied der im Oktober 1998 von Amtes wegen gelöschten S. T. GmbH im Handelsregister eingetragen. Jedenfalls wurde über ihn Anfang 1999 der Konkurs eröffnet. Weshalb der Schuldner, als er vom Betreibungsbeamten danach befragt wurde, behauptete, dass er als Inhaber der besagten Einzelfirma im Handelsregister eingetragen sei, ist unerfindlich. Das Konkursdekret vom 14. November 2000 ist mithin als nichtig zu qualifizieren.

3. Nachdem die Justizkommission des Obergerichts als Rechtsmittelinanz gegen Entscheide des Konkursrichters auf die Beschwerde des Konkursamtes mangels Legitimation nicht eintreten kann und demnach mit der Sache nicht befasst ist und demzufolge auch die Nichtigkeit des Konkursdekretes nicht feststellen kann, stellt sich die Frage, ob sie als kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, welche Funktion sie in Personalunion ebenfalls wahrnimmt, dazu kompetent ist. Diese Frage stellt sich deshalb, weil die Nichtigkeit eines betreibungsrechtlichen Aktes von der Aufsichtsbehörde grundsätzlich auch ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens von Amtes wegen festzustellen ist. Dies ist geboten, wenn die beanstandete Verfügung gegen zwingendes Recht verstösst, indem sie eine im öffentlichen Interesse oder im Interesse am Betreibungsverfahren nicht beteiligter Dritter aufgestellte Vorschrift verletzt (Art. 22 SchKG; BGE 115 III 26). Solche Verfügungen sind ex tunc nichtig; sie können, weil auch der Zeitablauf ihren Mangel nicht zu heilen vermag, überhaupt keine Wirkung entfalten. Es braucht dabei nur die Nichtigkeit festgestellt zu werden; die betreffende Verfügung muss nicht formell aufgehoben werden (Amonn/Gasser, a.a.O., § 6 Rz 34 f.).

a) Nach der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts waren die Konkursbehörden (Konkursbeamter und Aufsichtsbehörde) befugt, ein Konkurserkennntnis auf seine Gesetzmässigkeit zu überprüfen und die Durchführung eines Konkurses abzulehnen, wenn sie es für gesetzwidrig oder doch für offenbar gesetzwidrig hielten (BGE 49 III 248 E. 3; 45 I 53; 30 I 849 E. 2). In dem bereits weiter oben zitierten Entscheid BGE 110 III 19 stellte das Bundesgericht diese Rechtsprechung mit dem Argument in Frage, dass der Entscheid über das Konkursbegehren diesfalls letztlich den Aufsichtsbehörden zugeschoben würde, was mit der im Gesetz vorgesehenen Verteilung der Kompetenzen zwischen Konkursrichter und Aufsichtsbehörden wohl kaum vereinbar sein dürfte. Das Gericht liess die Frage dann aber offen und hielt fest, dass eine Überprüfungsbefugnis jedenfalls – wenn überhaupt – höchstens dann in Betracht kommen könne, wenn das Konkursdekret offensichtlich gesetzwidrig wäre, was in dem vom Bundesgericht dort zu beurteilenden Fall nicht zutraf. Das Gericht legte im Weiteren Wert darauf, dass die Frage der Überprüfungsbefugnis nach der bisherigen Bundesgerichtspraxis auf die Einleitung des Konkursverfahrens beschränkt sei. Habe der Konkursbeamte die Durchführung des Konkurses einmal an die Hand genommen, so könne

er bzw. die Aufsichtsbehörde auf das Konkurserkennntnis nicht mehr zurückkommen, auch wenn dieses an einem Mangel leiden sollte. Aus dieser Rechtsprechung kann geschlossen werden, dass das Bundesgericht den Konkursbehörden allenfalls unter den genannten einschränkenden Bedingungen eine Überprüfungscompetenz nach wie vor zubilligen könnte. Auch die Rechtsprechung in Kantonen, die bereits unter dem früheren SchKG dem Konkursamt die Legitimation zum Weiterzug des Konkurserkennntnisses abgesprochen haben, hielt es demgegenüber für zulässig, dass das Amt bzw. die Aufsichtsbehörde im Falle der Nichtigkeit des richterlichen Erkenntnisses dessen Vollzug verweigere. So entschied etwa die obere Aufsichtsbehörde des Kantons Waadt in einem Entscheid vom 10. Dezember 1964 und die II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts noch in einem Entscheid vom 15. November 1988 (ZR 88/1989, S. 55 f.) unter Berufung auf den Kommentar Jaeger (N 21 zu Art. 221 SchKG).

b) Die Justizkommission schliesst sich dieser Rechtsprechung unter den einschränkenden Bedingungen an, wonach ein Konkursdekret von den Konkursbehörden dann als unwirksam betrachtet und sein Vollzug abgelehnt werden darf, wenn es offensichtlich nichtig ist und die Durchführung des Konkurses noch nicht an die Hand genommen wurde. Es ist dem Konkursamt nicht zuzumuten, aufgrund eines absolut nichtigen Konkursdekretes ein Konkursverfahren durchzuführen, wenn es dies rechtzeitig vor der Anhandnahme des Konkursverfahrens feststellt.

4. Nach dem Gesagten ist von der Justizkommission als zivilprozessuale Rechtsmittelinstanz auf die Beschwerde des Konkursamtes nicht einzutreten. Hingegen hat die Justizkommission in ihrer Eigenschaft als kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibung und Konkurs die Nichtigkeit des Konkursdekretes des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. November 2000 sowie der Konkursandrohung vom 7. September 2000 in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes X. festzustellen. Letztere ist sodann von Amtes wegen – zufolge Nichtigkeit – aufzuheben, und das Betreibungsamt X. ist anzuweisen, die Betreibung auf dem Wege der Pfändung fortzusetzen.

(Justizkommission, 28. Dezember 2000, i.S. Konkursamt/M. AG)

Art. 33 Abs. 4 SchKG – Wiederherstellung der Frist (für die Erhebung des Rechtsvorschlages). Das geltend gemachte Hindernis muss absolut unverschuldet sein. Der Beschwerdeführer wäre fähig gewesen, rechtzeitig die geeigneten Vorkehren zur Wahrung seiner Interessen für die Zeit zu treffen, in der vorsehbar die Gefahr besteht, dass er nicht selber handeln kann.

Aus den Erwägungen:

1. Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG die Aufsichtsbe-