

P. eingeleitet, aus den Urteilen des Kantons- und Obergerichts geht aber hervor, dass nicht diese Gläubigerin der in Betreuung gesetzten Forderung ist, sondern den vorerwähnten Sozialpartnern die Gläubigerstellung zukommt. Die Beschwerdeführerin konnte über die Identität der Gläubiger indes keine Zweifel haben. So erfolgte die von der P. verhängte Konventionalstrafe, die in der Folge vor den staatlichen Gerichten durchgesetzt wurde, aufgrund von der Beschwerdeführerin begangenen Verletzungen des Landesmantelvertrags, den die oben erwähnten Sozialpartner vereinbart hatten. Es ist daher nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig, dass das Betreibungsamt den Namen der betreibenden Partei berichtigt (BGE 102 III 133 ff.).

Justizkommission als AB SchKG, 23. November 2001

*Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 SchKG; Art. 40 Abs. 1 SchKG. – Das Betreibungsamt darf einen auf einem offensichtlichen Irrtum des Registerführers gründenden Eintrag im Handelsregister als in seinen betreibungsrechtlichen Wirkungen nicht mehr gültig oder umgekehrt eine erfolgte Löschung als unwirksam betrachten.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Wie den vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen zu entnehmen ist, meldete er am 1. Oktober 1999 dem Handelsregisteramt Zug die Aufgabe der Geschäftstätigkeit der Einzelfirma X. mit Sitz in Zug an. Das Handelsregisteramt Zug bestätigte am 6. Dezember 2000 ausdrücklich, dass es diese Anmeldung am 5. Oktober 1999 erhalten, die Löschung indes versehentlich erst am 22. November 2000 im Handelsregister eingetragen habe.

Nach Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG wird die Betreuung auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt, wenn der Schuldner als Inhaber einer Einzelfirma im Handelsregister eingetragen ist. Der Handelsregistereintrag ist – unter Vorbehalt von Art. 40 Abs. 1 SchKG – für die Konkursfähigkeit konstitutiv. Die Konkursfähigkeit beginnt in allen Fällen erst am Tage nach der Veröffentlichung der Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und dauert noch während sechs Monaten seit der Veröffentlichung ihrer Streichung an (Art. 39 Abs. 3 und Art. 40 Abs. 1 SchKG; BGE 122 III 206). Der im Handelsregister eingetragene Schuldner unterliegt der Konkursbetreuung für sämtliche Schulden, also für die Geschäfts- und Privatschulden (BGE 120 III 4). Im allgemeinen obliegt es dem Betreibungsamt, die im konkreten Falle durchzuführende Betreibungsart zu bestimmen; dabei hat es einen Handelsregistereintrag, der die Konkursfähigkeit begründet, nicht auf seine Rechtmässigkeit hin zu prüfen (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 9 Rz 14). Nach der bundesgerichtli-

chen Rechtsprechung ist für sie der Stand im Handelsregister massgebend (BGE 120 III 4; 80 III 97). Es kommt also grundsätzlich nicht darauf an, und die Betreibungsbehörden haben denn auch nicht zu prüfen, ob die im Handelsregister erfolgten Eintragungen und Löschungen gerechtfertigt sind oder nicht (BGE 120 III 4; 80 III 97 mit Hinweisen; 78 III 89 E.1). Dieser Grundsatz soll nach BGE 30 I 760 sogar dann gelten, wenn eine Eintragung oder Löschung auf einem offenbaren Irrtum beruht. In neuester Zeit ist dieser Rechtsprechung allerdings in der Literatur Kritik erwachsen. Domenico Accolla (Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Basel/Genf/München 1998, N 7 zu Art. 39) hält diese Praxis für zu absolut. Nach diesem Autor sollte hier zur Vermeidung nichtiger Betreibungen ausnahmsweise die Überprüfungsbefugnis der Betreibungsbehörden über diese Vorfrage zugelassen werden. In der Tat zog das Bundesgericht diese Möglichkeit noch in BGE 23 I 423 und 28 I 293 in einem ganz eng begrenzten Rahmen selber in Betracht, nämlich für den Fall, dass der Eintrag nach den tatsächlichen Verhältnissen ganz offensichtlich auf einem Irrtum des Registerführers beruhe. In BGE 30 I 760 gab es diesen Vorbehalt dann ausdrücklich auf und erklärte den gegebenen Inhalt des Handelsregisters als für die Betreibungsbehörden schlechthin massgebend; allerdings nur um in neuerer Zeit die Frage dann doch wieder aufzugreifen und offen zu lassen (BGE 80 III 97). Der vom Bundesgericht in BGE 30 I 760 vertretene rigorose Standpunkt hat den Vorteil der Einfachheit und Klarheit, aber auch der eindeutigen Zuständigkeitsregelung für sich. Dass aber die Berücksichtigung eines offenkundigen Irrtums des Registerführers durch die Betreibungsbehörden zu Kompetenzkonflikten und Komplikationen aller Art führen würde, wie das Bundesgericht dort erwog, ist nicht recht einzusehen. Die Justizkommission ist deshalb der Auffassung, dass in diesem wohl eher seltenen und eng begrenzten klaren Ausnahmefall den Betreibungsbehörden zugestanden werden sollte, einen auf einem offensichtlichen Irrtum des Registerführers gründenden Eintrag als in seinen betreibungsrechtlichen Wirkungen nicht mehr gültig oder umgekehrt eine erfolgte Löschung als betreibungsrechtlich unwirksam zu betrachten.

Nachdem im vorliegenden Fall der Beschwerdeführer tatsächlich zweifelsfrei und offenkundig aufgrund eines Versehens des Handelsregisteramtes nicht bereits im Oktober 1999 im Handelsregister als Inhaber der Einzelfirma X. gelöscht wurde, steht fest, dass er im Zeitpunkt der Einreichung des Fortsetzungsbegehrens nicht mehr der Konkursbetreibung unterlag. 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). Die Konkursandrohung vom 12. September 2000 in der Betreibung Nr. ... gegen den Beschwerdeführer ist daher nichtig.

Justizkommission als zivilrechtliche Beschwerdeinstanz, 26. Januar 2001