

Konkurseröffnung; Wirkungsdauer des Handelsregistereintrags – Art. 40 und Art. 230 Abs. 3 SchKG.

Der Schuldner untersteht noch während sechs Monaten, nachdem die Löschung der Handelsregistereintragung publiziert wurde, der Konkursbetreuung. Diese Nachwirkungsfrist gilt auch, wenn das Handelsregisteramt die Eintragung löscht, weil das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wurde. Der Gläubiger hat in diesem Fall die Wahl, die Betreuung auch auf Pfändung fortzusetzen.

OGE 40/2016/28/D vom 25. November 2016

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Gegen X wurde am 6. April 2016 das Konkursverfahren eröffnet, mangels Aktiven am 21. April 2016 jedoch wieder eingestellt. Daraufhin wurde das Einzelunternehmen von X am 25. April 2016 im Handelsregister gelöscht. Am 25. August 2016 stellte die Gläubigerin ein weiteres Konkursbegehren gegen X. Daraufhin eröffnete die Stellvertreterin des Einzelrichters des Kantonsgerichts am 27. September 2016 erneut ein Konkursverfahren über das Vermögen von X. Die dagegen erhobene Beschwerde von X wies das Obergericht ab.

Aus den Erwägungen

2.1. Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, er unterliege nicht der Konkursbetreuung, da er im Zeitpunkt der Betreuung nicht mehr im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Die Löschung des Eintrags sei bereits am 28. April 2016 publiziert worden. Der Zahlungsbefehl der Gläubigerin sei am 13. Juni 2016 und das Fortsetzungsbegehren am 11. Juli 2016 ergangen.

2.2. Ist keine Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG hängig und findet das Konkursgericht von sich aus, dass im vorangegangenen Verfahren eine nichtige Verfügung erlassen wurde, so setzt es den Entscheid aus und überweist den Fall der Aufsichtsbehörde (Art. 173 Abs. 2 SchKG). Dem Konkursgericht selbst bleibt es ausser bei offensichtlicher Nichtigkeit verwehrt, einen Nichtigkeitsmangel festzustellen (OGE 93/2002/26 vom 20. Dezember 2002, Amtsbericht 2002, S. 94 f.; BGE 118 III 4 E. 2a S. 6; Roger Giroud, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 173 N. 6 f., S. 1603).

Ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von Art. 22 Abs. 1 SchKG liegt namentlich vor, wenn die Betreuung auf dem Weg des Konkurses statt der Pfändung fortgesetzt

wird. Denn in diesem Fall wird gegen eine Vorschrift verstossen, die im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen aufgestellt worden ist (BGE 120 III 105 E. 1 S. 106; 118 III 4 E. 2a S. 6; BGE 96 III 31 E. 2. S. 33; Franco Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel 2000, Art. 22 N. 71 und 73, S. 193; Amonn/Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. A., Bern 2013, § 36 N. 39 f., S. 335; Eugen Fritschi, *Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung*, Diss. Zürich 2010, S. 253 f.).

2.2.1. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass er bereits vor Kantonsgericht die Feststellung der Nichtigkeit der Konkursbetreibung eingewendet hätte. Verlangt er die Aufhebung der Konkurseröffnung durch das Obergericht als Beschwerdeinstanz des Konkursgerichts, so ist das Obergericht nach dem Gesagten nur bei offensichtlicher Nichtigkeit selbst befugt, die angefochtene Konkurseröffnung aufzuheben. Immerhin hat es von Amtes wegen zu prüfen, ob der Fall an die Aufsichtsbehörde zu überweisen wäre. Dazu ist vorab festzustellen, dass sich das Kantonsgericht in der angefochtenen Verfügung nicht mit der Zulässigkeit der Betreibung auf Konkurs auseinandergesetzt hat, obwohl es ein erstes Konkursverfahren gegen den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 6. April 2016 eröffnet und mit Verfügung vom 21. April 2016 eingestellt hatte.

2.2.2. Die Betreibung wird nach Art. 39 Abs. 1 SchKG auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt, wenn der Schuldner unter anderem als Inhaber einer Einzelfirma im Handelsregister eingetragen ist. Gemäss Art. 40 SchKG unterliegen die Personen, welche im Handelsregister eingetragen waren, nachdem die Streichung durch das Schweizerische Handelsamtsblatt bekanntgemacht worden ist, noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (Abs. 1). Stellt der Gläubiger vor Ablauf dieser Frist das Fortsetzungsbegehren, so wird die Betreibung auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt (Abs. 2). Die Löschung aus dem Handelsregister führt daher entgegen dem Beschwerdeführer grundsätzlich nicht zum sofortigen Dahinfallen der Konkursfähigkeit.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt Art. 40 SchKG jedoch dann nicht, wenn der Handelsregistereintrag nach Durchführung des Konkursverfahrens gelöscht wurde. In diesem Fall kann der Schuldner nur noch auf Pfändung betrieben werden (BGE 53 III 187 S. 190; 68 III 16 S. 18 f.; Jolanta Kren Kostkiewicz, *OF-Kommentar, SchKG*, 19. A., Zürich 2016, Art. 40 N. 4, S. 119; Domenico Acocella, in: *Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, 2. A., Basel 2010, Art. 40 N. 10, S. 310 f.). Eine solche Ausnahme wurde vom Bundesgericht nach dem damaligen Stand der Gesetzgebung auch im Fall gemacht, dass der Konkurs mangels Aktiven eingestellt werde. Denn eine weitere Betreibung auf Konkurs führt regelmässig wieder

zu einer Konkurseinstellung. Mit dieser Rechtsprechung sollten die Gläubiger nicht durch Art. 40 SchKG benachteiligt werden, der eigentlich zu ihrem Schutz aufgestellt wurde (BGE 68 III 16 S. 19). Indessen war im Zeitpunkt dieser Rechtsprechung Art. 230 Abs. 3 SchKG noch nicht in Kraft, sondern wurde durch eine Gesetzesrevision vom 28. September 1949 eingefügt (BGE 113 III 116 E. 3a S. 118). Gemäss dieser Bestimmung kann der Schuldner nach Einstellung des Konkursverfahrens während zwei Jahren *auch auf Pfändung* betrieben werden. Die Stellung dieser Regelung als selbständiger Absatz in Art. 230 SchKG verbietet es, sie bloss im Zusammenhang mit Art. 230 Abs. 4 SchKG zu sehen. Die letztere Regelung spricht einzig von den *vor Konkurseröffnung* eingeleiteten Betreibungen und ordnet an, dass diese nach Einstellung des Konkurses wieder aufleben. Mithin bezieht sich Art. 230 Abs. 3 SchKG nicht nur auf Betreibungen, die bereits vor Konkurseröffnung eingeleitet wurden, sondern lässt allgemein während zwei Jahren Betreibungen auf Pfändung nach Konkurseinstellung zu, unabhängig davon, ob der Schuldner weiterhin der Konkursbetreibung unterliegt. Mit der Einführung von Art. 230 Abs. 3 SchKG besteht daher kein Raum mehr, im Fall der Konkurseinstellung die Nachwirkungsfrist gemäss Art. 40 SchKG zum Schutz des Gläubigers nicht anzuwenden, da der Gläubiger mit Art. 230 Abs. 3 SchKG die Wahl hat, den Schuldner auch auf Pfändung anstatt auf Konkurs zu betreiben (vgl. dazu Acocella, Art. 40 N. 10, S. 310 f., Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Zürich 1993, § 45, S. 236 f.). Die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach Art. 40 SchKG auch im Fall der Einstellung des Konkursverfahrens keine Anwendung finden soll, ist insoweit gegenstandslos geworden.

Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass die Löschung der Handelsregistereintragung nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven eine weitere Konkurseröffnung nicht ausschliesst. In diesem Fall ist nämlich die Nachwirkungsfrist gemäss Art. 40 SchKG zu berücksichtigen, wonach die Konkursfähigkeit noch während sechs Monaten nach der Löschung bestehen bleibt. Der Gläubiger hat allerdings gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG die Wahl, die Betreibung auch durch Pfändung fortzusetzen. Nur im Fall der Durchführung des Konkursverfahrens fällt als Ausnahme von Art. 40 SchKG nach der Löschung des Handelsregistereintrags die Konkursfähigkeit unmittelbar dahin.

2.3. Das Einzelunternehmen des Beschwerdeführers wurde am 25. April 2016 im Handelsregister gelöscht, nachdem das Kantonsgericht ein erstes Konkursverfahren gegen den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 6. April 2016 eröffnet und mangels Aktiven mit Verfügung vom 21. April 2016 eingestellt hatte. Die Konkursandrohung wurde am 11. Juli 2016 erlassen. Damit hat die Beschwerdegegnerin das Fortsetzungsbegehren innert der sechsmonatigen Frist von Art. 40

SchKG nach der Löschung des Beschwerdeführers im Handelsregister gestellt. Folglich erweist sich die erneute Betreibung auf dem Weg des Konkurses als zulässig. Im Ergebnis hat das Kantonsgericht den Entscheid über die Konkurseröffnung zu Recht nicht ausgesetzt und die Sache der Aufsichtsbehörde überwiesen.

2.4. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet; sie ist abzuweisen.