

BGE 135 III 14

Bundesgericht (BGE), 2008-02-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_135 III 14](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_135_III_14)

FR: ATF 135 III 14

IT: DTF 135 III 14

Regeste

Regeste aArt. 39 Abs. 1 Ziff. 5, Art. 171 ff. SchKG; Änderung des Anwendungsbereichs der Konkursbetreibung und übergangsrechtliche Folgen. Über das geschäftsführende Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist nach dem 1. Januar 2008 kein Konkurs zu eröffnen (E. 3-5).

Erwägungen

E. 3

Die Betreibungsart wird vom Betreibungsbeamten nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens bestimmt (Art. 38 Abs. 3 SchKG). Personen, die im Handelsregister eingetragen waren, unterliegen, nachdem die Streichung durch das Schweizerische Handelsamtsblatt bekanntgemacht worden ist, noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (Art. 40 Abs. 1 SchKG). Stellt der Gläubiger vor Ablauf dieser Frist das Fortsetzungsbegehren, so wird die Betreibung auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt (Art. 40 Abs. 2 SchKG). Die Regeln über die Wirkungskdauer des Handelsregistereintrages sollen verhindern, dass ein Schuldner sich zum Schaden der Gläubiger durch eine unerwartete Streichung der Konkursbetreibung entziehen kann. Erfolgt die Streichung im Handelsregister infolge Konkurses des eingetragenen Schuldners, kommt der Schutzgedanke der Nachwirkungsfrist von Art. 40 SchKG nicht zum Tragen. Sie gilt zudem nur für natürliche Personen, die ihre Kaufmannseigenschaft verlieren, aber im Übrigen weiter betrieben werden können. Wird hingegen eine juristische Person im Handelsregister gelöscht, so kann gegen sie weder eine Betreibung angehoben noch fortgesetzt werden BGE 135 III 14 S. 16 (ACOCELLA, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 1, 3 f. und 9 zu Art. 40 SchKG ; WERNER BAUMANN, Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Zürich 1979, S. 5 ff.).

E. 4

Die Beschwerdegegnerin stellte am 19. November 2007 das Begehren um Fortsetzung der Betreibung. Die Zustellung der Konkursandrohung erfolgte am 3. Dezember 2007. Der Beschwerdeführer war bis am 10. Dezember 2007 als geschäftsführendes Mitglied einer GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Löschung wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 14. Dezember 2007 publiziert. Damit wurde das Fortsetzungsbegehren nicht nur vor Ablauf, sondern sogar vor Beginn der Nachwirkungsfrist von Art. 40 Abs. 2 SchKG gestellt. Die Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege des Konkurses hätte einzig auf dem Beschwerdeweg angefochten werden können (BGE 122 III 295 E. 1 S. 296), welchem Ansinnen kaum Erfolg beschieden gewesen wäre. Dass bis Ende 2007 ein Anlass zum Eingreifen von Amtes wegen bestanden habe, weil die Betreibung unrichtigerweise auf Konkurs fortgesetzt wurde (vgl. BGE 94 III 65 E. 2 S. 68), behauptet der Beschwerdeführer nicht.

E. 5

Das Begehren um Eröffnung des Konkurses erfolgte am 7. Januar 2008. Mit Verfügung vom 29. Februar 2008 sprach der zuständige Konkursrichter den Konkurs über den Beschwerdeführer aus. Die Streichung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG trat indes bereits am 1. Januar 2008 in Kraft, ab welchem Zeitpunkt ein vormalig geschäftsführendes Mitglied einer GmbH nicht mehr der Konkursbetreuung unterliegt. Damit stellt sich die Frage, ob diese Neuerung auch für die gegen den Beschwerdeführer bereits laufenden Betreibungsverfahren gilt.

E. 5.1

Die Vorinstanz verneinte dies mit Hinweis auf den ihrer Ansicht nach hier allein massgeblichen Zeitpunkt des Fortsetzungsbegehrens, welcher sich aus Art. 40 Abs. 2 SchKG ergebe. Dannzumal war Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG noch in Kraft und der Beschwerdeführer in der dort aufgeführten Eigenschaft im Handelsregister eingetragen. Die Anwendung des neuen Rechts auf laufende Betreibungsverfahren hätte - so die Vorinstanz - aus Gründen des Vertrauensschutzes intertemporalrechtlich ausdrücklich vorgesehen werden oder klar gewollt sein müssen, was gerade nicht der Fall sei. Öffentliche Interessen für eine Rückwirkung hätten sich ebenfalls BGE 135 III 14 S. 17 nicht aufgedrängt. Der Gesetzgeber habe Übergangsbestimmungen als nicht notwendig erachtet und daher auf den Erlass solcher verzichtet.

E. 5.2

Demgegenüber vertritt der Beschwerdeführer die Ansicht, dass für die materiell-rechtliche Frage der Konkursfähigkeit auf den Zeitpunkt der Konkursöffnung abzustellen sei und dieselbe an der Konkursverhandlung hätte geprüft werden müssen. Seit dem 1. Januar 2008 fehle es an einer gesetzlichen Grundlage, gegen ihn als ehemaliges geschäftsführendes Mitglied einer GmbH den Konkurs zu eröffnen. Die Beschwerdegegnerin macht im Wesentlichen geltend, dass für die verfahrensrechtliche Frage, welcher Betreibungsart der Schuldner unterliege, das Fortsetzungsbegehren massgebend sei. In diesem Sinne äussern sich LORANDI/SCHWANDER, nach deren Auffassung diejenigen Entscheidungen über das einzuschlagende Verfahren, welche vor dem 1. Januar 1997 ergangen sind, auch unter dem neuen Recht aufrechtbleiben, wenn dieses eine Änderung über die Konkursfähigkeit mit sich bringt (LORANDI/SCHWANDER, Übergangsbestimmungen des revidierten SchKG, AJP 1996 S. 1465, mit Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur SchKG-Revision von 16. Dezember 1994).

E. 5.3

Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden, soweit sie im konkreten Fall auf Art. 40 Abs. 2 SchKG abstellt. Die Einreichung des Fortsetzungsbegehrens und die Zustellung der Konkursandrohung erfolgten bereits vor der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt, womit gar kein Nachwirkungstatbestand im Sinne der genannten Bestimmung vorlag. Wie der Beschwerdeführer sodann zu Recht anführt, lässt die Regelung von Art. 40 Abs. 2 SchKG zwar die Konkursfähigkeit des Schuldners unter bestimmten Voraussetzungen für sechs Monate weiterdauern, sie begründet aber eine solche nicht. Der Schutzgedanke von Art. 40 Abs. 2 SchKG geht überdies dahin, die Gläubiger vor den Folgen unerwarteter Löschungen im Handelsregister zu schützen. Eine Gesetzesrevision kann aber nicht mit einem allenfalls nicht schützenswerten Verhalten des Schuldners verglichen werden, da sie in der Regel bekannt ist, nicht kurzfristig erfolgt und

sich dem Verhalten der Parteien ohnehin entzieht. Damit steht fest, dass Art. 40 Abs. 2 SchKG nicht nur keine Anwendung im vorliegenden Fall findet, sondern auch keinen Hinweis für die Weitergeltung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG über den 31. Dezember 2007 hinaus geben kann. BGE 135 III 14 S. 18

E. 5.4

Auf jeden Fall ist der Konkursrichter gehalten, bei der Behandlung des Konkursbegehrens auch die Konkursfähigkeit des Betriebenen zu prüfen (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, § 37 Rz. 31 S. 83). Gelangt er im konkreten Fall zum Schluss, dass im vorangegangenen Verfahren eine nichtige Verfügung erlassen wurde, so überweist er den Fall an die Aufsichtsbehörde zur Beurteilung des Konkursbegehrens (Art. 173 Abs. 2 SchKG). Ist der Konkursrichter der Ansicht, dass die Betreibung auf dem Wege der Pfändung oder Pfandverwertung fortzuführen ist, so hat er in gleicher Weise vorzugehen (GIROUD, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N. 6 zu Art. 173 SchKG ; FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., § 36 Rz. 23 S. 42). Daraus folgt im Sinne einer allgemeinen Regel, dass die Zustellung der Konkursandrohung eine Änderung des weiteren Verfahrens nicht verhindern kann. Ergibt sich der Wegfall der Konkursfähigkeit, wie im vorliegenden Fall, aus einer gesetzlichen Anordnung und ist nicht eine bisher ergangene Verfügung zu überprüfen, so macht die Überweisung an die Aufsichtsbehörden wenig Sinn. Der Konkursrichter kann die Frage der Konkursfähigkeit selber prüfen, wie er auch eine offensichtliche Nichtigkeit selber feststellen kann (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. 2008, § 36 Rz. 40; vgl. dazu GIROUD, a.a.O.).

E. 5.5

Zu prüfen bleibt damit, ob übergangsrechtliche Gründe für eine weitere Anwendung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG nach seiner Aufhebung am 1. Januar 2008 sprechen.

E. 5.5.1

Der Gesetzgeber sah für die hier in Frage stehende Vorschrift im Gegensatz zu den SchKG-Änderungen vom 16. Dezember 1994, vom 24. März 2000, 19. Dezember 2003 sowie vom 17. Juni 2005 keine eigene Schlussbestimmung vor (vgl. Dreizehnter Titel des SchKG). Hingegen verwies er in Art. 1 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Revision des OR vom 16. Dezember 2005 (nicht publ. E. 2) auf die allgemeine Regel im Schlusstitel des ZGB, soweit nichts anderes vorgesehen sei. Spezielle Anpassungsfristen finden sich in Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 der Übergangsbestimmungen vor allem im Hinblick auf die Statuten der Gesellschaften. Nach Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB richten sich die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingetreten sind, auch nachher nach dem bisherigen Recht. BGE 135 III 14 S. 19

E. 5.5.2

Diese Regel der Nichtrückwirkung für abgeschlossene Sachverhalte erfasst indessen so genannte Dauertatbestände nicht. Solche sind im Gesellschaftsrecht von grosser Bedeutung. Demnach richtet sich die Organisation und die Rechtsstellung der beteiligten Personen vom Zeitpunkt des Inkrafttretens an grundsätzlich nach neuem Recht (Botschaft zur Revision des OR, BBl 2002 3247 Ziff. 2.4). Soweit sich für den Gesellschafter und im Speziellen den Geschäftsführer der GmbH durch das neue Recht Änderungen in seinen Rechten und Pflichten ergeben, gelten diese somit ab seinem Inkrafttreten. Damit muss auf den gleichen

Zeitpunkt ebenfalls die Konkursfähigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters wegfallen. Denn von dieser Eigenschaft des Schuldners hängt allein die Frage ab, ob die Zwangsvollstreckung auf dem Wege der Generalexekution durchgeführt werden muss oder nicht (vgl. BAUMANN, a.a.O., S. 1 f.). Dass der geschäftsführende Gesellschafter weiterhin im Handelsregister eingetragen bleibt (Art. 791 Abs. 1 und Art. 814 Abs. 6 OR), ist im Hinblick auf das Konkursverfahren nicht mehr von Belang.

E. 5.5.3

Dem bereits erwähnten Gebot der Nichtrückwirkung folgend bleibt die unter altem Recht ergangene Konkursandrohung selbstredend bestehen, und die Folgen einer allfälligen Zahlung seitens des Schuldners an das Betreibungsamt (Art. 12 SchKG) sind nach wie vor gültig. Der Konkursandrohung kommt im Weiteren eine durchaus eigenständige und vom vorangegangenen und allenfalls weiteren Verfahren unabhängige Bedeutung zu. Sie stellt eine ultimative Zahlungsaufforderung dar, da bei Nichtleistung der in Betreuung gesetzten Forderung innert 20 Tagen der Gläubiger den Konkurs verlangen kann (Art. 160 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Hat die Konkursandrohung nicht zum gewünschten Erfolg geführt, so kann der Gläubiger erst das Konkursbegehren stellen. Dabei handelt es sich um einen nächsten Schritt auf dem Weg zur Konkursöffnung. Seine Voraussetzungen richten sich - wie die vorangegangenen Vorkehren des Gläubigers - nach dem im Zeitpunkt der Vornahme jeweils gültigen Recht. Ausgehend von der eigenständigen Natur des Konkursbegehrens liegt somit kein Fall von Rückwirkung vor. Damit ist nicht zu entscheiden, ob die Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG ungeachtet seiner zwingenden Natur um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen im Sinne von Art. 2 SchlT ZGB erfolgt ist (vgl. dazu BGE 133 III 105 E. 2.1.3 S. 109). BGE 135 III 14 S. 20

E. 5.6

Für die sofortige Anwendung des neuen Rechts sprechen nach dem Gesagten sowohl konkursrechtliche (E. 5.4) wie übergangsrechtliche Überlegungen (E. 5.5). Demzufolge unterlag der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der angefochtenen Konkursöffnung bereits nicht mehr der Konkursbetreibung, welcher Umstand zur Gutheissung seiner Beschwerde führt. Die Anwendbarkeit des Grundsatzes, dass ein unangefochten in Rechtskraft erwachsenes Konkursdekret für die Konkursbehörden verbindlich ist und von diesen nicht auf seine Gesetzmässigkeit überprüft werden kann (vgl. FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., § 36 Rz. 27), ist in Bezug auf Konkursdekrete, mit welchen nach dem 1. Januar 2008 über ein geschäftsführendes Mitglied einer GmbH der Konkurs eröffnet wurde, vorliegend nicht zu erörtern.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.