

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190146-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## Urteil vom 20. September 2019

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom tt.mm.2019 (EK190219)

### **Erwägungen:**

1.1. Mit Eingabe vom 12. April 2019 ersuchte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) beim Bezirksgericht Bülach (fortan Vorinstanz) um Eröffnung des Konkurses über den Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner). Sie stützte sich dabei auf den Zahlungsbefehl vom 1. Oktober 2018 und die Konkursandrohung vom 3. Januar 2019, zugestellt am 9. Januar 2019, in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Bülach (act. 7/1–3).

1.2. Nach durchgeführtem Verfahren eröffnete die Vorinstanz mit Urteil vom tt.mm.2019, 10.00 Uhr, den Konkurs über den Schuldner (act. 3 = act. 6 = act. 7/16, nachfolgend zitiert als act. 6). Das Urteil wurde dem Schuldner am 22. August 2019 zugestellt (act. 7/17).

2.1. Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 23. August 2019 (Datum Poststempel: 26. August 2019) rechtzeitig Beschwerde an die Kammer und beantragte sinngemäss die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids (act. 2). Er begründet seine Beschwerde in Wiederholung seines bereits vor Vorinstanz vertretenen Standpunkts (vgl. act. 7/8 u. 7/15) damit, dass der Handelsregistereintrag infolge Nichtantritts der Tätigkeit wieder gelöscht worden sei, es also nie zu einer Aufnahme der Tätigkeit gekommen sei. Wenn die Eintragung Basis für die "Konkursanträge" bilde, so sei die Löschung wegen der Nichtaufnahme der Tätigkeit als von Beginn an bestehend zu werten. Die Löschung sei durch Rückzug des Eintragungsbegehrens vor Eintragung zu Stande gekommen. Ohnehin sei eine Betreuung auf Konkurs gemäss Art. 40 SchKG nur bis zum 16. Juli 2019 möglich gewesen (act. 2).

2.2. Mit Verfügung vom 27. August 2019 wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Im Weiteren wurde er auf die gesetzlichen Voraussetzungen gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG hingewiesen, welche zur Gutheissung seiner Beschwerde erfüllt sein sollten, sowie auf den Umstand, dass er seine Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist in diesem Sinne ergänzen könne. Der Vorschuss ging innert Frist ein (act. 9/1 i.V.m. act. 11). Am 2. September 2019 – und damit noch innerhalb der Beschwerdefrist – ging eine

weitere Eingabe des Schuldners ein, in welcher er erneut darauf hinweist, dass er den Handelsregistereintrag vor dessen Eintragung wieder habe löschen lassen. Er sei daher eine Privatperson ohne Handelsregistereintrag. Ein Konkursverfahren sei nicht zu eröffnen. Zudem sei eine Betreuung auf Konkurs nur bis am 16. Juli 2019 möglich gewesen (act. 10).

2.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–18). Da diese kein Protokoll enthielten, wurde der Vorinstanz mit Verfügung vom 11. September 2019 Frist zur Einreichung des Protokolls angesetzt (act. 13). Das Protokoll der Vorinstanz ging am 17. September 2019 ein (vgl. auch act. 15). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3.1. Der Schuldner wiederholt in seiner Beschwerde wortwörtlich seinen vorinstanzlichen Standpunkt. Dieser wurde bereits durch die Vorinstanz umfassend behandelt (act. 6). Da die geltend gemachte Wahl der falschen Betreibungsart aber die Nichtigkeit zur Folge hätte (gl. SK SchKG-KRÜSI, 4. Aufl. 2017, Art. 38 N 23), was von Amtes wegen zu beachten ist, ist nochmals kurz auf das Argument des Schuldners einzugehen, er sei zu Unrecht auf Konkurs betrieben worden.

3.2. Die anzuwendende Betreibungsart wird durch den Betreibungsbeamten von Amtes wegen bestimmt und durch Erlass der Pfändungsankündigung (Art. 90 SchKG) bzw. der Konkursandrohung (Art. 159 SchKG) manifestiert. Bei der Bestimmung der Betreibungsart wendet der Betreibungsbeamte die Bestimmungen von Art. 39–43 SchKG an (vgl. Art. 38 Abs. 2 u. 3 SchKG; BSK SchKG I-ACOCCELLA, 2. Aufl. 2011, Art. 38 N 44 f.).

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (vgl. act. 6 E. 3), unterliegt der Schuldner dann der Konkursbetreuung, wenn er als Inhaber einer Einzel firma im Handelsregister eingetragen ist (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), bzw. noch sechs Monate nach Bekanntmachung einer allfälligen Streichung durch das schweizerische Handelsamtsblatt (Art. 40 Abs. 1 SchKG). Art. 40 Abs. 2 SchKG hält sodann explizit fest, dass die Betreuung dann auf den Weg des Konkurses fortgesetzt wird, wenn der Gläubiger das Fortsetzungsbegehrens noch vor Ablauf dieser Frist stellt. Massgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Betreibungsart

ist also derjenige der Stellung des Fortsetzungsbegehrens (vgl. auch BSK SchKG I-ACOCCELLA, 2. Aufl. 2011, Art. 40 N 14).

3.3. In diesem Sinn hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass gegen den Schuldner die Betreuung zu Recht auf Konkurs fortgesetzt worden war. Die Einzelunternehmung des Schuldners wurde am tt.mm.2018 im Handelsregister eingetragen, der Eintrag wurde am tt.mm.2018 im Schweizerischen Handelsblatt publiziert (act. 5). Am 8. Oktober 2018 war dem Schuldner der Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. ... zugestellt worden (act. 7/2–3). Das Fortsetzungsbegehren konnte frühestens 20 Tage nach Zustellung des Zahlungsbefehls gestellt werden (vgl. Art. 88 Abs. 1 SchKG). Die Konkursandrohung datiert vom 3. Januar 2019 und wurde am 9. Januar 2019 zugestellt (act. 7/3). Die Einzelunternehmung wurde jedoch erst am tt.mm.2019 gelöscht und die Löschung am tt.mm.2019 publiziert (act. 5). Danach begann die sechsmonatige Frist nach Art. 40 Abs. 2 SchKG zu laufen. Damit war das Fortsetzungsbegehren in der Zeit gestellt worden, als die Einzelunternehmung des Schuldners im Handelsregister eingetragen war. Diesen tatsächlichen Umständen, welche das Betreibungsamt bei der Wahl der Verfahrensart zu beachten hatte, vermag der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde nichts entgegenzusetzen. Die Betreuung war damit vom Betreibungsamt aufgrund des für ihn ersichtlichen Eintrags auf Konkurs fortzusetzen. Entgegen dem Schuldner wählte der zuständige Betreibungsbeamte folglich korrekt das Verfahren des Konkurses zur Fortsetzung der Betreuung.

Einen der gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe macht der Schuldner sodann nicht geltend (act. 2 u. 10). Der Konkurs ist auch aus diesem Grund nicht aufzuheben.

Die Beschwerde ist abzuweisen.

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht aufgrund seines Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage je eines Doppels von act. 2 u. 10, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bülach, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bülach, je gegen Empfangsschein.
4. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:  
20. September 2019