

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190226-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur.
M. Stambach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 30. Januar 2020

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 20. November 2019 (EK190344)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 20. November 2019 wurde nach vorangegangener Betreuung auf Begehren der Gläubigerin über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 3 und 5). Mit Eingabe an das Obergericht vom 22. November 2019, eingegangen am 26. November 2019, erhob dieser rechtzeitig Beschwerde. Er beanstandete das Verhalten der Gläubigerin und beantragte sinngemäss, die Konkursöffnung aufzuheben (act. 2; Beilagen: act. 3–4).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–9; vgl. auch act. 9).

Mit Verfügung vom 26. November 2019 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass er die Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ergänzen könne (act. 10), was er mit Eingabe vom 2. Dezember 2019 tat (act. 12; Beilagen: act. 13/1–4): Er erbrachte den Nachweis, dass er am 2. Dezember 2019 beim Betreibungsamt Dielsdorf-Nord den von der Gläubigerin in Betreuung gesetzten Betrag einschliesslich Betreibungs- und Inkassokosten (Fr. 5'244.45) gezahlt und beim Konkursamt Dielsdorf für die Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursrichters Fr. 800.– hinterlegt hatte (act. 13/1 und 13/3). Für das obergerichtliche Verfahren leistete er einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– (act. 13/2).

2. Mit Verfügung vom 9. Dezember 2019 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der damalige Kammervorsitzende stellte die Konkursfähigkeit des Schuldners in Frage und zog in Betracht, allenfalls die Nichtigkeit der Konkursandrohung von Amtes wegen zu berücksichtigen. Der Gläubigerin wurde Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. Das Bezirksgericht Dielsdorf als untere kantonale Aufsichtsbehörde über das Betreibungsamt Dielsdorf-Nord wurde gestützt auf Art. 173 Abs. 2 SchKG zur Prüfung der Konkursandrohung aufgefordert (act. 14).

In der Beschwerdeantwort vom 16. Dezember 2019 erklärte sich die Gläubigerin einverstanden, auf die Durchführung des Konkurses zu verzichten, sofern ihr der dem Konkursrichter geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückerstattet werde. Sie wies darauf hin, dass die gerichtlichen und allfällige konkursamtliche Kosten dem Betreibungsamt aufzuerlegen wären, welches die fehlerhafte Fortsetzung der Betreuung auf dem Weg des Konkurses zu vertreten habe (act. 16).

Mit Urteil vom 13. Januar 2020 stellte das Bezirksgericht Dielsdorf als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen die Nichtigkeit der der Konkurseröffnung vorangegangenen Konkursandrohung des Betreibungsamtes Dielsdorf-Nord vom 17. Dezember 2018 fest (Gesch. CB190033). Es verneinte die Konkursfähigkeit des Schuldners, dessen Löschung im Handelsregister am 24. August 2018 durch das Schweizerische Handelsamtsblatt bekanntgemacht worden war (vgl. act. 7), und verwies auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die *sechsmonatige Nachwirkung* des Handelsregistereintrages (Art. 40 SchKG) entfällt, wenn – wie hier – die Streichung des Schuldners im Handelsregister *infolge Konkurses* erfolgte (act. 17 Erw. 5 mit Hinweis auf BGE 135 III 14 Erw. 3, BGer 4A_23/2014 Erw. 2.1.3 u.a.m.).

II.

1. Die Nichtigkeit der Konkursandrohung ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und das angefochtene Konkurserkennntnis aufzuheben.

2. Da die Konkurseröffnung gestützt auf eine nichtige Konkursandrohung des Betreibungsamtes erfolgte, sind die Kosten der beiden gerichtlichen Instanzen und des Konkursamtes auf die Staatskasse zu nehmen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 20. November 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Kosten beider gerichtlichen Instanzen werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Die Kasse des Bezirksgerichtes Dielsdorf wird angewiesen, der Gläubigerin den aus deren Barvorschuss bezogenen Betrag von Fr. 200.– zurückzuerstatten.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem Schuldner den geleisteten Barvorschuss von Fr. 750.– zurückzuerstatten, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

4. Das Konkursamt Dielsdorf wird angewiesen, seine Kosten auf die Staatskasse zuzunehmen, den ihm vom Konkursgericht überwiesenen Rest des von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses (Fr. 1'800.– ./. Fr. 200.–) an die Gläubigerin und den vom Schuldner hinterlegten Betrag von Fr. 800.– an den Schuldner zurückzuerstatten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Schuldner unter Beilage eines Doppels von act. 16, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dielsdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dielsdorf-Nord, je gegen Empfangsschein.
6. 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: