

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220077-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 16. Mai 2022

in Sachen

A._____,
Schuldner,

gegen

B.____ SA,
Gläubigerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 29. März 2022 (EK220093)

Erwägungen:

1.1. Gestützt auf eine Konkursandrohung vom 3. November 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster mit Urteil vom 29. März 2022 den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 150.45 zuzüglich Gläubigerkosten von CHF 110.– sowie Betreuungskosten von CHF 157.60 (act. 4/2/2 und act. 3).

1.2. Mit Schreiben vom 19. April 2022 (Datum Poststempel: 20. April 2022) gelangte die Vorinstanz noch während laufender Beschwerdefrist von Amtes wegen an die Kammer (act. 2; zur Beschwerdefrist vgl. act. 4/7). Sie beantragt, es sei die Nichtigkeit ihres Urteils vom 29. März 2022 festzustellen und gegebenenfalls die Konkurseröffnung über den Schuldner aufzuheben. Zudem überwies sie die vorinstanzlichen Akten (act. 4/1-8). Mit Verfügung vom 22. April 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zum Antrag der Vorinstanz Stellung zu nehmen (act. 5). Der Schuldner holte seine Postsendung nicht ab (act. 6/1). Gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt diese dennoch als zugestellt. Die Gläubigerin nahm die Postsendung entgegen (act. 6/2). Es wurden keine Stellungnahmen eingereicht. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Die Vorinstanz begründet ihren Antrag damit, das Betreibungsamt Dübendorf habe ihr mit Schreiben vom 12. April 2022 mitgeteilt, dass im vorliegenden Fall infolge eines fehlerhaften Eintrages im internen System angenommen worden sei, der Schuldner erfülle die Voraussetzungen von Art. 39 SchKG. In Tat und Wahrheit sei der entsprechende Eintrag im Handelsregister des Kantons Schaffhausen allerdings bereits im Februar 2017 gelöscht worden, sodass die Betreuung auf Pfändung hätte fortgesetzt werden müssen (act. 2 mit Verweis auf act. 4/8). Da der Konkurseröffnungsentscheid ihrer Ansicht nach an einem schwerwiegenden Mangel leide, müsse geprüft werden, ob Nichtigkeit vorliege und die Konkurseröffnung aufzuheben sei (act. 2).

3.1. Wird eine Schuldbetreibung fortgesetzt, bestimmt der Betreibungsbeamte, auf welchem Wege diese fortgesetzt wird (Art. 38 SchKG). Dabei wird bei nicht pfandgesicherten Forderungen die Betreuung grundsätzlich auf dem Weg des

Konkurses fortgesetzt, wenn der Schuldner in einer der in Art. 39 Abs. 1 SchKG festgehaltenen Eigenschaften im Handelsregister eingetragen ist. Ansonsten wird die Betreuung auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt (Art. 42 Abs. 2 SchKG). Wird die Betreuung auf dem Wege der Pfändung anstatt des Konkurses oder umgekehrt fortgesetzt, so hat dies die Nichtigkeit zur Folge (SK SchKG-KRÜSI, 4. Aufl. 2017, Art. 38 N 23 mit Verweis auf BGE 120 III 105 E. 1, BGE 101 III 18 E. 1a und 94 III 65 E. 2).

3.2. Soll die Nichtigkeit eines Konkursdekrets festgestellt werden, so sind die allgemeinen Regeln des Zivilprozessrechts über die Nichtigkeit gerichtlicher Urteile anwendbar (OGer ZH PS210050 vom 3. Mai 2021 E. 3.2. i.f. m.w.H.). Die Nichtigkeit eines Gerichtsentscheids ist von jeder Behörde, ohne Einhaltung einer Frist, von Amtes wegen *vorfrageweise* zu beachten, wenn der zu treffende Entscheid davon abhängt. Eine Feststellung der Nichtigkeit eines gerichtlichen Entscheids *hauptfrageweise im Dispositiv* – die als solche Rechtskraft entfaltet und andere Behörden, denen sich diese Frage stellt, formell bindet – kann indessen nur von der unmittelbar übergeordneten Instanz getroffen werden, die im Allgemeinen zur Beurteilung von Rechtsmitteln gegen Entscheide der betroffenen unteren Instanz zuständig ist. Für eine solche formelle Feststellung der Nichtigkeit eines Entscheids durch die übergeordnete Rechtsmittelinstanz bedarf es keines formellen Rechtsmittels, sondern es kann eine solche Feststellung – sofern die zuständige Rechtsmittelbehörde im Rahmen ihrer Amtstätigkeit Kenntnis vom Mangel erhält – ohne Einhaltung einer Frist und grundsätzlich auch von Amtes wegen getroffen werden, etwa auf Anzeige eines nicht betroffenen bzw. nicht zu einem Rechtsmittel legitimierten Dritten (OGer ZH PS210050 vom 3. Mai 2021 E. 3.3.).

4. Das Betreibungsamt Dübendorf setzte die gegen den Schuldner eingeleitete Betreuung auf dem Wege des Konkurses fort, indem es ihm am 9. Dezember 2021 den Konkurs androhte (act. 4/2/2). Der Schuldner ist allerdings – gemäss Auskunft des Betreibungsamtes (act. 4/8) – bereits seit Februar 2017 nicht mehr im Handelsregister eingetragen, womit eine Voraussetzung von Art. 39 SchKG fehlt. Wie das Betreibungsamt zu Recht vorbringt, hätte die Betreuung demnach

auf Pfändung fortgesetzt werden müssen. Die Konkursandrohung vom 3. November 2021 resp. die auf Konkurs fortgesetzte Betreuung ist folglich nichtig, was auch die Nichtigkeit des vorinstanzlichen Urteils vom 29. März 2022 zur Folge hat. Entsprechend ist die Nichtigkeit des Konkursdekrets festzustellen. Da ein nichtiger Entscheid von Anfang an keine Rechtswirkungen entfaltet, muss die Konkurseröffnung nicht (formell) aufgehoben werden.

5. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben und keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 29. März 2022 (Geschäfts-Nr. EK220093-I) nichtig ist.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien,
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
 - das Konkursamt Dübendorf,
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie
 - das Betreibungsamt Dübendorf,je gegen Empfangsschein.
5. 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
17. Mai 2022