

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240183-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Fabio

Urteil vom 9. Dezember 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Dielsdorf vom 19. September 2024 (EK240261)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 19. September 2024 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Dielsdorf (fortan Vorinstanz) in der Betreuung Nr. 1 (act. 5/4) den Konkurs über den Schuldner (act. 5/11 = act. 3 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 3).
2. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 23. September 2024 (Datum Poststempel) Beschwerde bei der Kammer und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Gleichzeitig erbrachte er den Nachweis, den von der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) in Betreuung gesetzten Betrag am 13. September 2024 an das Betreibungsamt Furttal bezahlt zu haben (act. 4/1).
3. Mit Verfügung vom 24. September 2024 (act. 7) wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass er seine bisher ungenügend begründete Beschwerde im Sinne der Erwägungen bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ergänzen könne (Dispositiv-Ziffer 1). Gleichzeitig wurde ihm eine 10-tägige Frist angesetzt, um den Kostenvorschuss für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.– zu leisten (Dispositiv-Ziffer 2).
4. Am 1. Oktober 2024 rief der Schuldner telefonisch bei der Kammer an und erkundigte sich, bis wann er die mit Verfügung vom 24. September 2024 geforderten Unterlagen einreichen müsse. Daraufhin wurde ihm telefonisch mitgeteilt, dass die Beschwerdefrist am 30. September 2024 abgelaufen sei und er die Unterlagen bis zum besagten Datum hätte einreichen müssen (act. 8A).
5. Mit Eingabe vom 1. Oktober 2024 ersuchte der Schuldner um Wiederherstellung der Beschwerdefrist und reichte unter anderem die Bestätigung des Konkursamtes Dielsdorf vom 30. September 2024 über die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes ein (act. 9 und 10/1).

6. Am 1. Oktober 2024 ging der Kostenvorschuss für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens fristgerecht ein (act. 11).
7. Mit Verfügung vom 2. Oktober 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 12).
8. Am 18. Oktober 2024 holte die Kammer beim Konkursamt Dielsdorf sowie beim Betreibungsamt Furttal eine telefonische Auskunft ein (act. 15 und 16). Anschliessend wurde dem Schuldner eine 10-tägige Frist angesetzt, um schriftlich zu den eingeholten Auskünften Stellung zu nehmen (act. 17).
9. Mit Eingabe vom 19. November 2024 nahm der Schuldner fristgerecht zu den eingeholten Auskünften Stellung (act. 19).
10. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-13). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort kann ohne Nachteil der Gläubigerin verzichtet werden, zumal die in Betreuung gesetzte Forderung bereits getilgt ist. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Betreuung wurde vorliegend gegen den Schuldner persönlich eingeleitet (vgl. den Zahlungsbefehl vom 15. Februar 2024 [act. 5/3] und die Konkursandrohung vom 15. April 2024 [act. 5/4]). Aus dem Handelsregister ergeben sich indes keine Anhaltspunkte dafür, dass der Schuldner in einer der in Art. 39 Abs. 1 SchKG festgehaltenen Eigenschaften im Handelsregister eingetragen ist. Dass der Schuldner einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der C._____ GmbH ist, ändert daran nichts (vgl. BSK SchKG I-Acocella, 3. Aufl. 2021, Art. 39 SchKG N 2a u. 25). Mangels eines Handelsregistereintrags über den Schuldner hätte die Betreuung Nr. 1 auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt werden müssen (vgl. act. 42 SchKG).
2. Wird eine Betreuung auf dem Weg des Konkurses anstatt auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt, so ist die Konkursandrohung nichtig (vgl. KUKO SchKG-

Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 159 SchKG N 6; BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 3. Aufl. 2021, Art. 22 SchKG N 7, je mit Hinweis auf BGE 120 III 105). 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. 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.).

3. Das Betreibungsamt Furttal setzte die gegen den Schuldner eingeleitete Betreuung auf dem Wege des Konkurses fort, indem es ihm am 15. April 2024 den Konkurs androhte (act. 5/4). Der Schuldner ist – wie bereits dargelegt – jedoch nicht im Handelsregister eingetragen, womit eine Voraussetzung von Art. 39 SchKG fehlt. Die Betreuung hätte demnach auf Pfändung fortgesetzt werden müssen, weshalb die Konkursandrohung vom 15. April 2024 (act. 5/4) nichtig ist. Folglich fehlt es an einer gültigen Konkursandrohung, die Voraussetzung der Konkursöffnung wäre (Art. 166 Abs. 1 SchKG). Entsprechend ist das vorinstanzliche Konkursdekret aufzuheben (vgl. OGer ZH PS130157 vom 23. September 2013

E. 2). Obwohl ein nichtiger Entscheid an sich von Anfang an keine Rechtswirkungen entfaltet, ist der Klarheit halber die Konkursöffnung (formell) aufzuheben.

4. Bei diesem Ergebnis ist das Begehren des Schuldners um Wiederherstellung der Beschwerdefrist obsolet geworden, weshalb es wegen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist.

III.

1. Üblicherweise wird der Schuldner auch im Fall der Gutheissung der Beschwerde gegen die Konkursöffnung kostenpflichtig, wenn er es versäumte, die massgeblichen Konkurshinderungs- bzw. -aufhebungsgründe rechtzeitig vor der ersten Instanz in das Verfahren einzubringen (vgl. etwa OGer ZH PS160024 vom 24. Februar 2016 E. III./1.). Das folgt daraus, dass es am Schuldner ist, entsprechende Umstände vorzubringen (vgl. Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 SchKG). Der vorliegende Fall verhält sich indes anders. Ist eine Verfügung im Vollstreckungsverfahren nach SchKG nichtig (wie hier die Konkursandrohung), so hätte das an sich bereits das Betreibungsamt korrigieren sollen, und auch das erstinstanzliche Konkursgericht war wie vorstehend aufgezeigt gehalten, die Nichtigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen. Für den vorliegenden Entscheid rechtfertigt es sich demnach, keine Kosten zu erheben und die Kosten der beiden gerichtlichen Instanzen und des Konkursamtes auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

2. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht mangels Antrag, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird beschlossen:

1. Das Begehren um Wiederherstellung der Beschwerdefrist wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 19. September 2024 (Geschäfts-Nr. EK240261), mit dem über den Schuldner und Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, vollumfänglich aufgehoben.
2. Die Kosten beider gerichtlicher 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.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem Schuldner den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– zurückzuerstatten, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.
5. Das Konkursamt Dielsdorf wird angewiesen, seine Kosten auf die Staatskasse zu nehmen, den ihm vom Konkursgericht Dielsdorf überwiesenen Rest des von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses an die Gläubigerin und den vom Schuldner vorgeschossenen Betrag von Fr. 1'200.– an den Schuldner zurückzuerstatten.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

7. Schriftliche Mitteilung an

- den Schuldner,
- die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2,
- das Konkursamt Dielsdorf,
- das Betreibungsamt Furttal,
- das Handelsregisteramt des Kantons Zürich (im Dispositiv) und
- das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),

je gegen Empfangsschein.

8. 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 J. Camelin-Nagel

versandt am:
10. Dezember 2024