

SchKG 39, SchKG 159, SchKG 174, Konkursbetreibung. *Unterliegt der Schuldner nicht der Konkursbetreibung, wird ein ausgesprochener Konkurs auf Beschwerde hin ohne Weiteres aufgehoben.*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

1. (...) b) Der Schuldner beantragt die Aufhebung des Konkursdekretes, da er nicht der Konkursbetreibung unterliege. Er sei im Handelsregister lediglich als Gesellschafter und Geschäftsführer der Firma E. GmbH eingetragen. Mit Verfügung vom 12. September 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Gläubigerin Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten und sich insbesondere zur Frage der Konkursfähigkeit des Schuldners zu äussern. In ihrer rechtzeitig erstatteten Antwort führte die Gläubigerin aus, im Zeitpunkt der Konkursandrohung sei der Schuldner nicht im Handelsregister eingetragen gewesen. Somit unterliege er nicht der Betreibung auf Konkurs. Mit Verfügung vom 16. September 2013 erklärte das Betreibungsamt ... die Konkursandrohung in der massgeblichen Betreibung Nr. 253'122 als nichtig. Die Konkursandrohung sei fälschlicherweise zugestellt worden. Die Betreibung Nr. 253'122 werde auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt, und die Kosten von Fr. 160.-- für die Konkursandrohung würden der Gläubigerin gutgeschrieben.

2. Voraussetzung der Konkurseröffnung ist eine gültige Konkursandrohung (Art. 166 Abs. 1 SchKG). Das Betreibungsamt hat die Nichtigkeit der dem Konkursbegehren zugrunde liegenden Konkursandrohung vom 16. Mai 2013 festgestellt. Hierzu ist anzumerken, dass die verfügende Behörde grundsätzlich jederzeit und von Amtes wegen eine nichtige Verfügung korrigieren kann (Art. 22 SchKG; BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 2. Aufl., Art. 22 N 5 und 14 ff.). Da es somit an einer gültigen Konkursandrohung fehlt, ist die Konkurseröffnung vom 29. August 2013 aufzuheben. Dem steht der Umstand, dass die Verfügung des Betreibungsamtes noch nicht in (formelle) Rechtskraft erwachsen ist, nicht entgegen, kommt doch einer allfälligen Beschwerde hiergegen von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet.

3. Von der Erhebung von Kosten für das Konkurseröffnungsverfahren ist abzusehen, da die Gläubigerin das Konkursbegehren im Vertrauen auf die Gültigkeit der vom Betreibungsamt

ausgestellten Konkursandrohung gestellt hat. Die beim Konkursamt ... gegebenenfalls entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Mangels gesetzlicher Grundlage ist dem Schuldner keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Obergericht, II. Zivilkammer

Urteil vom 23. September 2013

Geschäfts-Nr.: PS130157-O/U