

Art. 22 Abs. 1 und Art. 173 Abs. 2 SchKG. Nichtigkeitsfehler in der Konkursbetreuung; Zuständigkeit des Konkursgerichts im Konkurseröffnungsverfahren (Entscheid der Aufsichtsbehörde Nr. 93/2002/26 vom 20. Dezember 2002 i.S. P.).

Findet das Konkursgericht, dass im vorangegangenen Betreibungsverfahren eine offensichtlich nichtige Verfügung erlassen wurde, so kann es die Nichtigkeit selber (vorfrageweise) feststellen und das Konkursbegehren abweisen, ohne die Frage der Nichtigkeit der Aufsichtsbehörde zu unterbreiten.

In einem Konkurseröffnungsverfahren stellte die Konkursrichterin der Aufsichtsbehörde über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen das Gesuch, es sei zu prüfen, ob die Betreuung nichtig sei. Die Aufsichtsbehörde erklärte hierauf die Konkursandrohung für nichtig.

Aus den Erwägungen:

1.– Die Schuldnerin hat ihren Sitz seit 1995 in Zürich. Die Konkursandrohung des Betreibungsamts Stein ... ist daher nichtig, während der nicht fristgemäss angefochtene Zahlungsbefehl als Grundlage für weitere Betreuungshandlungen gültig bleibt (Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 [SchKG, SR 281.1]; BGE 96 III 33 f. E. 2, 92 E. 2, je mit Hinweisen). Dem zutreffend begründeten Gesuch der Einzelrichterin ist daher zu entsprechen.

Im Sinn einer Anregung zuhanden der Konkursrichterin ist auf folgendes hinzuweisen: Vorliegend handelt es sich um einen Fall *offensichtlicher* Nichtigkeit. Nach gewichtigen Lehrmeinungen kann das Konkursgericht in solchen Fällen die Nichtigkeit selber (vorfrageweise) feststellen und das Konkursbegehren abweisen (*Amonn/Gasser*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 36 N. 40, S. 290; *Flavio Cometta*, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, Art. 22 N. 18, S. 169; *Roger Giroud*, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, Art. 173 N. 6, S. 1714, mit Hinweisen). Die Nichtigkeit von Rechtsakten ist von sämtlichen Behörden von Amts wegen zu be-

achten (vgl. *Cometta*, Art. 22 N. 19, S. 169 f.). Damit lässt sich begründen, dass der Konkursrichter das Verfahren nur aussetzt und den Fall an die Aufsichtsbehörde überweist, wenn er die Abwesenheit von Nichtigkeitsgründen *bezweifelt*. Für eine solche Praxis spricht auch der Gedanke der Verfahrensökonomie. Dabei kommt in Betreibungen auf Konkurs der beförderlichen Durchführung des Verfahrens erhebliche Bedeutung zu. Sistierungen nach Art. 173 Abs. 2 SchKG sind bei klarer Rechtslage mit dem verfassungsmässigen Beschleunigungsgebot wohl kaum vereinbar (vgl. auch Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]).].