

Nichtigkeit der Konkurseröffnung – Art. 22 Abs. 1, Art. 40 Abs. 2 und Art. 171 SchKG.

Ausnahmsweise Feststellung der Nichtigkeit eines Gerichtsentscheids durch die Aufsichtsbehörde (E. 1 und 2.4).

Ein nichtiger Akt vermag keine Wirkungen zu entfalten. Aufgrund der nichtigen Konkursandrohung ist auch die Nichtigkeit der Konkurseröffnung als vollstreckungsrechtliche Folgeentscheidung festzustellen (E. 2.3 und 2.4).

OGE 93/2019/7 vom 13. August 2019

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Trotz Ablauf der Frist von Art. 40 Abs. 2 SchKG setzte das Betreibungsamt die Betreuung gegen den Schuldner S. auf dem Weg des Konkurses fort, worauf das Kantonsgericht den Konkurs über das Vermögen von S. eröffnete. In der Folge beantragte das Betreibungs- und Konkursamt beim Obergericht des Kantons Schaffhausen als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen die Feststellung der Nichtigkeit der Konkurseröffnung. Das Obergericht stellte diese fest und ordnete die Rückerstattung des von der Gläubigerin zur Durchführung des Konkursverfahrens geleisteten Kostenvorschusses an.

Aus den Erwägungen

1. Verstossen Verfügungen der Vollstreckungsorgane gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig. Unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung fest (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

Die Nichtigkeit von Gerichtsentscheiden dagegen ist primär auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen. Nur ausnahmsweise darf die Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen wegen grober Fehler die Nichtigkeit einer gerichtlichen Verfügung nach den allgemeinen Nichtigkeitsgrundsätzen selbständig feststellen (BGer 5A_734/2012 vom 31. Mai 2013 E. 3.3 f.; Maier/Vagnato, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 22 N. 8, S. 124 mit Hinweis; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 6 N. 38a, S. 52 mit Hinweisen). Als Feststellungsentscheid hat der Entscheid der Aufsichtsbehörde über das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrunds lediglich deklaratorische Bedeutung. Die nichtige Verfügung bzw. die nachfolgenden

nichtigen Betreuungshandlungen müssen daher nicht formell aufgehoben werden (Franco Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel/Genf/München 2000, Art. 22 N. 141, S. 201).

[...]

2.3. Ein nichtiger Akt vermag zu keinem Zeitpunkt Wirkungen zu entfalten, kann doch der ihm anhaftende Mangel durch nachträglich eintretende Umstände nicht geheilt werden. Die Wirkungslosigkeit ist grundsätzlich von sämtlichen Behörden jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (Cometta/Möckli, in: *Staehelein/Bauer/Staehelin* [Hrsg.], *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, 2. A., Basel 2010, Art. 22 N. 20, S. 165 mit Hinweisen).

Der nichtige Akt war auch für das Kantonsgericht als Konkursgericht erkennbar. Weil es sich um einen Fall offensichtlicher Nichtigkeit handelt, hätte das Kantonsgericht die Nichtigkeit vorfrageweise selber feststellen und das Konkursbegehren abweisen müssen (vgl. OGE 93/2002/26 vom 20. Dezember 2002 i.S. P., E. 1, *Amtsbericht 2002*, S. 95 mit Hinweisen). Dies hat das Kantonsgericht indes nicht getan, sondern die Konkursöffnung angeordnet.

2.4. Die Konkursöffnungsverfügung beruht nach dem Gesagten auf einer nichtigen Grundlage. Auch wenn es sich um eine gerichtliche Verfügung handelt, stellt sie im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens eine Betreuungshandlung dar (Philip Talbot, in: *Kren Kostkiewicz/Vock* [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 171 N. 7, S. 1058). Die Nichtigkeit der Konkursandrohung wirkt sich auch auf die Konkursöffnung als vollstreckungsrechtliche Folgeentscheidung aus. Weil die Nichtigkeit – wie erwähnt – offensichtlich ist, handelt es sich um einen schwerwiegenden Mangel. Die Aufsichtsbehörde hat daher ausnahmsweise die Nichtigkeit des entsprechenden Gerichtsentscheids festzustellen (vgl. oben, E. 1).

2.5. Die Nichtigkeit der Konkursöffnungsverfügung betrifft auch die darin getroffene, auf die Durchführung des Konkursverfahrens ausgerichtete Kostenregelung. Weil der Konkurs nicht durchzuführen ist, ist der Gläubigerin der hierfür geleistete Kostenvorschuss im vollen Umfang zurückzuerstatten.