

**Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO, rechtliches Gehör.** Keine Abänderung eines erstinstanzlichen Entscheides ohne Gehör des Betroffenen. **Art. 321 und 311 ZPO, Begründung des Rechtsmittels.** Auch klare Fehler des Verfahrens oder des angefochtenen Entscheides müssen gerügt werden. **Art. 22 SchKG, Nichtigkeit.** Tragweite der SchKG-spezifischen Nichtigkeit, wenn (nur) ein Teilschritt in der Betreibung qualifiziert falsch war.

In einer laufenden Betreibung führte das Betreibungsamt eine Pfändung durch, kam zum Schluss, es sei kein pfändbares Vermögen vorhanden und stellte dem Gläubiger daher einen Verlustschein aus (Art. 115 SchKG).

(Erwägungen des Obergerichts:)

1. (...) Gegen die Ausstellung des Verlustscheins führte der Gläubiger Beschwerde an die untere Aufsichtsbehörde. Er beantragte, den Verlustschein aufzuheben und das Betreibungsamt anzuweisen, die Pfändung fortzusetzen, da der Schuldner offenkundig bei seiner Einvernahme nicht die Wahrheit gesagt habe und tatsächlich sehr wohl über Aktiven verfüge. In seiner Vernehmlassung schrieb das Betreibungsamt, nach seinen Recherchen unterliege der Schuldner der Konkursbetreibung, und es beantrage daher, die Pfändung von Amtes wegen für nichtig zu erklären und auch den Verlustschein aufzuheben.

Das Bezirksgericht folgte der Vernehmlassung des Amtes und stellte mit Beschluss vom 10. Dezember 2013 fest, die Betreibung und der Verlustschein seien nichtig (act. 10).

2. Gegen den Beschluss des Bezirksgerichts richtet sich die heute zu behandelnde Beschwerde des Schuldners, die er innert der zehntägigen Beschwerdefrist zur Post gab. Er macht geltend, dass er seine (am 20. Februar 2008 im Handelsregister eingetragene) Einzelfirma nur vorsorglich habe eintragen lassen und mit ihr nie ein Geschäft betrieb, zudem habe er bereits die Löschung in die Wege geleitet. Man unterstehe nicht einfach schon wegen des Eintrags im Handelsregister der Konkursbetreibung, was sich etwa daran zeige, dass ein im Handelsregister eingetragener Verwaltungsrat ja auch nicht auf Konkurs betrieben werde. Er schliesst, die Betreibung auf Pfändung sei richtig gewesen, und auch der Verlustschein solle bestehen bleiben. In der Folge reicht er mit Postaufgabe am 23. Dezember 2013 noch die Bestätigung des Handelsregisteramtes vom 21.

Dezember 2013 ein, dass seine Einzelfirma am 17. Dezember 2013 gelöscht wurde.

Es wurden die Akten der Vorinstanz beigezogen, aber keine weiteren prozessleitenden Massnahmen getroffen.

3.1 Das Verfahren der Aufsicht in Schuldbetreibungssachen wird nach Art. 20a SchKG von den Kantonen geregelt. Der Kanton Zürich hat für den Weiterzug vom Bezirks- ans Obergericht die Regeln der Beschwerde im Sinne von Art. 319 ff. ZPO als anwendbar erklärt (§ 18 EG SchKG, § 84 GOG). Das bedeutet, dass im Verfahren der oberen Aufsichtsbehörde der Sachverhalt nicht mehr von Amtes wegen festgestellt wird und neue Behauptungen unzulässig sind (*O-GerZH PS110019* vom 21. Februar 2011; *BGer 5A\_605/2011* vom 8. November 2011 E. 3.2). In den Rechtsmitteln der schweizerischen Zivilprozessordnung gilt zudem das Rügeprinzip. Wo ein Punkt nicht von Amtes wegen abzuklären ist, wie etwa bei den Prozessvoraussetzungen, wird nur geprüft, was eine Partei am Verfahren der Vorinstanz oder an ihrem Entscheid mindestens der Spur nach bemängelt (*BGE 138 III 374*, E. 4.3.1., am Beispiel der Berufung, und umso mehr in der Beschwerde).

Kann ein Aspekt mangels erhobener Rüge nicht Grundlage der Entscheidung über das Rechtsmittel sein, bleibt dem Obergericht unbenommen, darauf hinzuweisen, um den Fehler in künftigen Fälle vermeiden zu helfen. Das ist hier der Fall mit der Verletzung des rechtlichen Gehörs: für Gläubiger und Schuldner haben Betreuung auf Pfändung oder Konkursverfahren ganz unterschiedliche Wirkungen. Beide werden also mit dem Entscheid, dass eine Pfändungsbetreibung nichtig sei, in ihren rechtlichen Interessen tangiert, und sie müssten daher vor dem Entscheid, den keiner von ihnen so beantragt hatte, angehört werden. Daran ändert nichts, dass die unrichtige Betreibungsart zur so genannten Nichtigkeit führt und von Amtes wegen festzustellen ist. Das rechtliche Gehör ist von so genannter formellen Natur, und es kommt daher nicht darauf an, ob der urteilenden Instanz die Sache klar scheint - gerade um Einwendungen gegen die (scheinbare) Klarheit vortragen zu können, äussern sich ja die Betroffenen. Da der Gläubiger den Beschluss des Bezirksgerichts unangefochten liess und der

Schuldner nur zur Sache argumentiert, hat es hier mit diesen Hinweisen sein Bewenden.

Dem Schuldner wurde der angefochtene Entscheid am 12. Dezember 2013 zugestellt. Die Ergänzung zur Beschwerde mit der Bestätigung, dass der Eintrag der Einzelfirma nun gelöscht ist, wurde innert zehn Kalendertagen (und wegen Art. 63 SchKG und den über Weihnachten geltenden Betreibungsferien erst recht) rechtzeitig eingereicht und ist also zu beachten.

3.2 In der Sache sind die Einwendungen des Schuldners nicht begründet.

Für die Art der Betreuung kommt es nur auf die Tatsache der Eintragung im Handelsregister an, und nicht darauf, ob die Firma tatsächlich eine geschäftliche Tätigkeit entfaltet. Der Schuldner weist mit Recht darauf hin, dass auch die Verwaltungsräte einer AG eingetragen sind und dennoch nicht der Konkursbetreuung unterliegen. Das ist so, weil das Gesetz nicht den Eintrag allein als massgebend erklärt, sondern formuliert, der Konkursbetreuung unterliege, der "in einer der folgenden Eigenschaften im Handelsregister eingetragen ist: ...", und dann folgt zwar der Inhaber einer Einzelfirma, nicht aber das Mitglied der Verwaltung einer AG (Art. 39 SchKG).

Mittlerweile hat der Schuldner den Eintrag löschen lassen. Wann das im Handelsamtsblatt publiziert wurde oder noch wird, kann offen bleiben: das Handelsregister hat die Streichung am 17. Dezember 2013 vorgenommen (act. 18). Nun unterliegt eine in einer von Art. 39 SchKG genannten Eigenschaften im Handelsregister eingetragene Person noch während sechs Monaten nach der Veröffentlichung der Streichung im Handelsamtsblatt der Konkursbetreuung (Art. 40 Abs. 1 SchKG). Und das bedeutet nicht etwa, dass ein Konkursverfahren nach Ablauf dieser Frist einzustellen wäre und die Gläubiger auf dem Weg der Pfändung weiter Befriedigung suchen müssten, was kaum praktikabel wäre: Das Verfahren wird vielmehr bis zum Ende als Konkurs durchgeführt, wenn der Gläubiger vor Ablauf der sechs Monate das Fortsetzungsbegehren stellte (Art. 40 Abs. 2 SchKG). Das ist hier der Fall, wo die - zwar auf dem unrichtigen Weg fortgesetzt-

te - Betreuung bereits bis zum Ausstellen des Verlustscheins gediehen war (Art. 89, 112 und 115 SchKG).

Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Zu bemerken ist immerhin Folgendes: das Bezirksgericht stellt im Dispositiv seines Entscheides fest "dass der Verlustschein (...) und somit die Betreuung auf Pfändung (Nr. 145'230) nichtig sind". Das ist so wie es da steht selbstverständlich falsch. Nicht weil der Verlustschein zu Unrecht ausgestellt wurde, wird eine Betreuung nichtig, sondern allenfalls umgekehrt: wenn eine Betreuung als Ganzes nichtig ist, kann auch der in ihrem Rahmen ausgestellte Verlustschein nicht gültig sein. Und es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Betreuung Nr. 145'230 des Betreibungsamtes Dübendorf als solche nichtig wäre. Die Betreuung an sich wurde nach dem Entscheid der Aufsichtsbehörde vom 8. April 2013 zum Ort der Betreuung nicht mehr in Frage gestellt, nur *die Art der Fortsetzung* (Art. 88 und Art. 89 resp. 159 SchKG). - Das ist allerdings beides so klar, dass unter der unglücklichen Formulierung des Bezirksgerichts ohne Weiteres das Richtige verstanden werden kann und muss: die Handlungen des Betreibungsamtes, die es in Fortsetzung der Betreuung Nr. 145'230 auf Pfändung vornahm, und damit die auch Ausstellung des Verlustscheines, sind nichtig.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 22. Januar 2014  
Geschäfts-Nr.: PS130225-O/U