

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110214-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

## Urteil vom 22. November 2011

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_

Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ und lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 27. Oktober 2011  
(EK111615)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Zürich eröffnete mit Urteil vom 27. Oktober 2011 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 2). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 14. November 2011 beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 18. November 2011 entsprochen (act. 8). Ferner hinterlegte der Beschwerdeführer bei der Obergerichtskasse bereits am 14. November 2011 einen Betrag von Fr. 750.-- (act. 4/14), der den vom Obergericht usanzgemäss erhobene Kostenvorschuss von Fr. 750.-- zu decken vermag.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Entsprechend und der Systematik folgend hat das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe aber vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7).

3. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde geltend, er habe die Vorladung zur vorinstanzlichen Konkursverhandlung vom 27. Oktober 2011 erst an ebendiesem Tag bei der Post entgegengenommen, weshalb es ihm nicht möglich gewesen sei, sein Recht auf Gehör wahrzunehmen und den Konkurs

durch geeignete Massnahmen abzuwenden (act. 1 S. 3 f.). Er macht Ausführungen, zu seinem Gesundheitszustand und legt dar, warum er die Lagerung seiner Post in Auftrag gegeben habe und es ihm nicht möglich gewesen sei, die Vorladung der Vorinstanz rechtzeitig abzuholen (act. 1 S. 4 f.). Überdies macht er geltend, er habe einen Tilgungsplan mit der Beschwerdegegnerin vereinbart und diese verzichte daher auf die Durchführung des Konkursverfahrens (act. 1 S. 5 f.). Ferner sei zur Deckung der Kosten ein Vorschuss von Fr. 2'000.-- an das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ und ein solcher von Fr. 750.-- an die Obergerichtskasse geleistet worden (act. 1 S. 6).

4. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 7) ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die dem Beschwerdeführer an seine aktuelle Adresse (...strasse .., D.\_\_\_\_\_) mittels Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur auf den 27. Oktober 2011 angesetzten Verhandlung mit dem Vermerk "konnte nicht zugestellt werden und lagert aufgrund eines Auftrages des Empfängers vielleicht noch längere Zeit bei der Post" retournierte (act. 7/4). Aus den Beilagen zur Beschwerde ergibt sich, dass die Vorladung dem Beschwerdeführer von der Post schliesslich am 27. Oktober 2011 ausgehändigt wurde (act. 4/5).

5. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verpflichtet ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis die Parteien, dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können. Diese prozessuale Verpflichtung entsteht aber erst mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während eines hängigen Verfahrens mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden muss (BGer 7B.89/2004 vom 3. Juni 2004 E. 1.2.3.). Die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag nach ständiger Praxis der Kammer jedoch kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht zu begründen (ZR 104/2005 Nr. 43). Diese Praxis rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil eine Konkursandrohung – beispielsweise im Gegensatz zu einer von der Schlichtungsbehörde erteilten Klagebewilligung im Sinne von Art. 197 ff. i.V.m. Art. 209 Abs. 3 ZPO – eine Gültigkeitsdauer von 15 Monaten hat (Art. 166 Abs. 2 SchKG) und vom Schuldner nicht erwartet werden

kann, dass er während mehr als eines Jahres jederzeit in der Lage ist und damit rechnen muss, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen. Die Konkursverhandlung ist dem Beschwerdeführer zudem mindestens drei Tage vor der gerichtlichen Verhandlung anzuzeigen (Art. 168 SchKG)

6. Daraus erhellt, dass der Beschwerdeführer nicht mit einer gerichtlichen Zustellung im Sinne einer Vorladung zur Verhandlung betreffend Konkursöffnung rechnen musste, da die am 25. Februar 2011 ausgestellte Konkursandrohung (act. 7/2/2) kein Prozessrechtsverhältnis begründet. Damit lässt sich die Tatsache, dass dem Beschwerdeführer die Vorladung des Konkursgerichts – unabhängig aus welchem Grund – nicht bzw. nicht rechtzeitig zugestellt werden konnte, auch nicht als Zustellungsvereitelung im Sinne von Art. 138 Abs. 3 ZPO auslegen. Demnach hätte das Konkursgericht die Konkursöffnung erst aussprechen dürfen, wenn sie dem Beschwerdeführer die Vorladung zur Konkursverhandlung spätestens drei Tage vorher durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtswibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zuzustellen versucht bzw. eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO veranlasst hätte. Indem das Konkursgericht die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon der Beschwerdeführer sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV). Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 15).

7. Demgemäss ist die Beschwerde aus den genannten formellen Gründen gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Folgerichtig wäre die Sache sodann an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von diesem Vorgehen kann indes dann abgesehen werden, wenn der Beschwerdeführer die in Betreibung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) bezahlt hat oder der Gläubiger ihm Stundung gewährt hat, denn diese Umstände müssten nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Kon-

kursbegehrens führen. Das ist in der Folge zu prüfen. Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist diesfalls zu verzichten, weil der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nur dann nachzuweisen hat, wenn er sich auf einen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Vorliegend ist der Beschwerdeführer davon aber befreit, weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 12).

8. Der Beschwerdeführer hat der Kammer ein Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 4. November 2011 eingereicht, worin diese mitteilt, dass mit dem Beschwerdeführer eine Ratenzahlung vereinbart worden sei und sie deshalb auf die Durchführung des Konkurses verzichte (act. 4/12). Damit hat der Beschwerdeführer nachgewiesen, dass ihm von der Beschwerdegegnerin eine Stundung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG gewährt worden ist, weshalb das Konkursbegehren erstinstanzlich abzuweisen wäre. Ferner hat der Beschwerdeführer mit der Einzahlung von Fr. 2'000.-- beim Konkursamt C.\_\_\_\_\_ auch dessen Kosten sowie die vorinstanzliche Spruchgebühr beglichen (act. 4/13).

9. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- ist dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, weil seine Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Beschwerdegegnerin zu Recht gestellt wurde. Hingegen hätte der Konkurs wie gesehen nicht eröffnet werden dürfen, weshalb dem Beschwerdeführer weder die Kosten des Konkursamts noch die Kosten des Obergerichts auferlegt werden können (vgl. OGer ZH, PS110024 vom 11. März 2011). Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 68 N 14a; ZK ZPO-JENNY, Art. 107 N 26; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 107 N 15).

10. Der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.-- kann deshalb dem Beschwerdeführer zurück bezahlt werden. Ferner hat der Beschwerdeführer mit der Einzahlung von Fr. 2'000.-- beim Konkursamt C.\_\_\_\_\_ nebst der vorinstanzlichen Spruchgebühr auch dessen Kosten beglichen (act. 4/13). Kosten für das Verfahren des Konkursamts sind allerdings wie ausgeführt nicht zu erheben, weshalb dem Be-

schwerdeführer die entsprechenden Kosten zu erstatten sind. Beim Konkursamt C.\_\_\_\_\_ liegen also, vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 1'400.-- (Fr. 1'800.-- von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht als Vorschuss bezahlt, abzüglich Fr. 400.-- erstinstanzliche Spruchgebühr für die Konkursöffnung, act. 2) sowie Fr. 2'000.--, welche vom Beschwerdeführer einbezahlt wurden (act. 4/13). Demnach kann das Konkursamt der Beschwerdegegnerin den von ihr geleisteten Vorschuss in Höhe von Fr. 1'800.-- ausbezahlen und dem Beschwerdeführer Fr. 1'600.-- (Fr. 2'000.-- abzüglich Fr. 400.-- erstinstanzliche Spruchgebühr) überweisen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 27. Oktober 2011, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamts C.\_\_\_\_\_ werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Eine Prozessentschädigung für das Beschwerdeverfahren wird nicht zugesprochen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Beschwerdeführer einbezahlten Betrag von Fr. 750.-- dem Beschwerdeführer zurückzuzahlen.

7. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm insgesamt einbezahlten Betrag von Fr. 3'400.-- (Fr. 1'400.-- vom Konkursgericht überwiesen und Fr. 2'000.-- vom Beschwerdeführer einbezahlt), Fr. 1'800.-- der Beschwerdegegnerin und Fr. 1'600.-- dem Beschwerdeführer auszuzahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.
9. 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: