

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120141-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

## Urteil vom 20. September 2012

in Sachen

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

Schuldner, Revisionskläger und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Gläubigerin, Revisionsbeklagte und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend

### **Revision Konkursöffnung Geschäfts-Nr. EK101750**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. August 2012 (EK120531)

### **Erwägungen:**

1.1 Am 23. November 2010 eröffnete der Konkursrichter des Bezirkes Zürich über den Schuldner, Revisionskläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner genannt) wegen unbekanntes Aufenthalts den Konkurs ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 SchKG; act. 6/4/19). Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner Rekurs, auf welchen die Kammer mit Beschluss vom 14. März 2011 infolge Verspätung nicht eintrat. Da dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden war, eröffnete sie den Konkurs neu (act. 6/4/27 u. 28). Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 18. Mai 2011 ab, soweit es darauf eintrat. Auch das gegen seinen Entscheid gestellte Revisionsgesuch wies es ab (act. 6/4/29 u. 30). Mit Urteil vom 12. März 2012 wies die Kammer ein Revisionsgesuch des Schuldners gegen ihren Beschluss vom 14. März 2011 ab.

1.2 Mit Eingabe vom 27. März 2012 gelangte der Schuldner an das Bezirksgericht Zürich und beantragte, es seien die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 23. November 2010 und die Eröffnung des Konkurses vom 23. November 2010 im Rahmen einer Revision aufzuheben (act. 6/1 S. 1). Das vom Schuldner gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde infolge Aussichtslosigkeit zweitinstanzlich mit Urteil vom 24. Mai 2012 abgewiesen (act. 6/16). Mit Urteil vom 2. August 2012 wies die Vorinstanz das Revisionsbegehren ab (act. 6/20).

Dagegen erhob der Schuldner fristgerecht mit Eingabe vom 7. August 2012 Beschwerde und beantragte, es seien die Urteile des Bezirksgerichts Zürich vom 2. August 2012 und vom 23. November 2010 im Rahmen des Revisionsgesuches aufzuheben (act. 2). Der vom Schuldner mit Verfügung der Kammer vom 14. August 2012 einverlangte Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 7 u. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Gestützt auf Art. 322 Abs. 1 ZPO wurde auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Zunächst ist zu untersuchen, wie es sich mit der Revision des Sachentscheides im Konkursverfahren, dem rechtskräftig gewordenen Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 23. November 2010 (act. 6/4/19) verhält.

Aus Gründen der Rechtssicherheit muss ein rechtskräftiges Urteil grundsätzlich Bestand haben. Mit Blick auf die materielle Gerechtigkeit gibt es auf besondere Fälle eingeschränkte Möglichkeiten, bereits Beurteiltes einer neuerlichen richterlichen Überprüfung zu unterziehen (vgl. BGE 127 III 496 ff.; vgl. Ingrid Jent-Sørensen, Materielle Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit, Das Spannungsfeld zwischen Verbindlichkeit und Abänderbarkeit, SJZ 100/2004 S. 533 ff. S. 534). Zur Durchbrechung der Rechtskraft steht bei gegebenen Voraussetzungen die Revision (Art. 328 ff.; Art. 405 Abs. 2 ZPO) zur Verfügung. Mit der Revision, wie sie der Schuldner verlangt, wird, wenn sie erfolgreich sein sollte, die Rechtskraft beseitigt. Oder anders gesagt: Wo die Rechtskraft nicht durchbrochen werden muss, weil eine Tatsache nicht von ihr erfasst ist, ist die Revision unzulässig.

Urteile basierten nach der Zürcher ZPO, die für die Rechtskraftsfrage noch massgeblich ist, auf dem Sachverhalt bei Urteilsfällung (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH). Erfolgt ein Weiterzug eines Entscheides mit einem Rechtsmittel, ist die Regelung des Novenrechts von Bedeutung, was in den §§ 115 und 138 ZPO/ZH geregelt war. Als Grundsatz steht damit fest, dass der Sachverhalt, wie er seinerzeit der Konkursöffnung zu Grunde lag, von der Rechtskraft erfasst ist (vgl. Hans Ulrich Walder/Béatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 2009, Rz 73 zu § 39). Dass auch noch das Obergericht und das Bundesgericht angerufen wurden, ist ohne Belang, weil keine neuen Sachentscheide gefällt worden sind. Aus all dem folgt, dass bezüglich neuer Tatsachen und Beweismittel aus der Zeit nach der Konkursöffnung am 23. November 2010 (act. 6/4/19) grundsätzlich keine Revision erforderlich und zulässig ist, weil, was nach dem zeitlich relevanten Moment eingetreten ist, ohne Rechtskraftbindung vorgebracht werden kann. Dem steht auch nicht entgegen, dass infolge Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch die Kammer der Konkurs neu eröffnet worden ist.

3.1 Der Schuldner moniert beschwerdeweise, er habe die Revision nicht mit der Eingabe der Gläubigerin vom 27. März 2011 begründet (act. 6/2/1 [Eingabe im Verfahren CG100063]), sondern mit dem Entscheid des Bezirksgerichts Uster vom 23. Februar 2012 (act. 6/2/2 [Beweisabnahmebeschluss im Verfahren CG100063]). Aus diesem Entscheid und den dazu gehörigen Prozessakten habe er erfahren, dass die Gläubigerin im Verfahren vor dem Bezirksgericht Uster (Geschäfts-Nr. CG100063) über seinen Aufenthalt und denjenigen seiner Familie von 2004 bis mindestens Dezember 2010 in Kenntnis gewesen sei. So gehe aus den Akten hervor, dass die Gläubigerin am 3. und 4. November 2010 – also ca. zwei Wochen vor der Konkurseröffnung – den Einwohnerdienst der Stadt C.\_\_\_\_\_ kontaktiert habe. Dadurch habe sie erfahren, dass er nicht flüchtig, sondern sein letztbekannter Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_ gewesen sei. Zudem habe die Gläubigerin gewusst, wo und wie er zu erreichen gewesen sei. Sie hätte deshalb seinen Aufenthalt im Konkursverfahren nachweisen können. Stattdessen habe sie dem Konkursgericht seinen Aufenthalt arglistig verschwiegen (act. 2 S. 2 f.).

3.2 Die Vorinstanz äusserte sich nicht konkret zu den Vorbringen über den Beschluss des Bezirksgerichts Uster vom 23. Februar 2012 (act. 6/1 S. 3 f.; act. 6/2/2). Sie erwog in diesem Zusammenhang, sämtliche Tatsachen und Beweismittel, die nach dem 23. November 2010 entstanden und vom Schuldner angerufen worden seien, seien im Revisionsverfahren nicht zu berücksichtigen. Darunter fallen die vom Schuldner eingereichte Eingabe der Gläubigerin vom 27. März 2011 (act. 3 S. 4), das Schreiben des Einwohnerdienstes C.\_\_\_\_\_ vom 15. Mai 2012 (act. 6/17 S. 2) sowie das Schreiben des Schuldners an das Stadthaus ... vom 30. Mai 2012 (act. 6/18/4).

3.3 Der Schuldner nahm das (begründete) Urteil des Konkursgerichts vom 23. November 2010 am 26. November 2010 bei der Bezirksgerichtskanzlei persönlich entgegen (act. 6/4/24). Damit hatte er ab diesem Zeitpunkt Kenntnis über die Entscheidungsgründe. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog (vgl. act. 3 S. 6), müsste dem Schuldner aufgrund seiner jetzigen Behauptungen bei der Entgegennahme des Urteils bewusst gewesen sein, dass er nicht unbekanntes Aufenthaltsort war. Deshalb führte er denn auch Rekurs gegen die Konkurseröffnung. Infolge

verpasster Rechtsmittelfrist trat die Kammer mit Beschluss vom 14. März 2011 nicht darauf ein (act. 6/4/27). Im Rechtsmittelverfahren hätte der Schuldner mittels ausnahmsweise zulässiger Noven gemäss Art. 174 Abs. 1 2. Satz SchKG darlegen können, dass er aus seiner Sicht eben nicht unbekanntes Aufenthaltes gewesen war. Dadurch bleibt ihm verwehrt, nachträglich über ein Revisionsbegehren neue Beweismittel ins Verfahren einzubringen, welche belegen sollten, was er bereits im Rekursverfahren mit anderen Beweismitteln hätte widerlegen können. Auf die Ausführungen des Schuldners zum Beschluss des Bezirksgerichts Uster vom 23. Februar 2012 (act. 2/2) ist daher nicht weiter einzugehen. Unter diesem Gesichtspunkt sind auch die ihm nachträglich zugegangenen Informationen über allfällige Kontakte der Gläubigerin mit dem Einwohnerdienst am 3. und 4. November 2010 nicht zu berücksichtigen. Im Übrigen erscheint sowieso fragwürdig, was der Schuldner aus diesem Beschluss zu seinen Gunsten ableiten möchte, handelt es sich dabei lediglich um einen Beweisabnahmebeschluss im Sinne von § 140 ZPO/ZH. Darin wurde unter anderem der Aufenthaltsort des Schuldners bis mindestens zum 10. Dezember 2010 zum Beweis verstellt (act. 2/2 S. 3). Entgegen den Ausführungen des Schuldners (act. 2 S. 3 unten) ist damit mitnichten bewiesen, dass er sich von 2004 bis mindestens zum 10. Dezember 2010 in der Eigentumswohnung seiner Ehefrau in C.\_\_\_\_\_ aufgehalten haben soll.

4.1 Der Schuldner bringt beschwerdeweise weiter vor, die Konkurseröffnung basiere auf der E-Mail vom 23. November 2010. Aus diesem Grund sei die Konkurseröffnung nichtig (act. 2 S. 7 f.).

4.2 Die Vorinstanz hielt in zutreffender Weise fest (act. 3 S. 4), dass das vom Schuldner am 18. Juni 2012 ins Recht gelegte E-Mail von D.\_\_\_\_\_ an (Richter) E.\_\_\_\_\_ vom 23. November 2010 Bestandteil der Konkursakten war, die der Schuldner anlässlich seines persönlichen Erscheinens bei der Vorinstanz am 26. November 2010 hätte einsehen können. Demzufolge handelt es sich um ein Beweismittel, das zwar vor dem Entscheid entstanden ist, er jedoch in früheren Verfahren, insbesondere im ordentlichen Rechtsmittelverfahren hätte beibringen können. Der Schuldner bringt zwar vor, das Zufügen dieser E-Mail zu den Akten entspreche nicht den Vorschriften des Konkurses, weil das Advokaturbüro

D.\_\_\_\_\_ & ... nicht Gläubiger des Konkurses gewesen sei (act. 2 S. 7). Konkret macht er aber nicht geltend, die besagte E-Mail habe sich bei seinem Erscheinen beim Gericht am 26. November 2010 nicht bei den Akten befunden. Auch zielt der Einwand ins Leere, wonach es sich bei der E-Mail um einen persönlichen Antrag an den Konkursrichter E.\_\_\_\_\_ gehandelt habe. Der Schuldner möchte daraus ableiten, dass die E-Mail aus diesem Grund nicht für ihn ersichtlich gewesen sei (act. 2 S. 7). Mit der E-Mail wurde Richter E.\_\_\_\_\_ einzig darüber informiert, dass in F.\_\_\_\_\_ der Verkauf einer im Eigentum des Schuldners stehenden Liegenschaft drohe und deshalb darum gebeten werde, dem Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ das Konkurserkennntnis zuzustellen (act. 4/2). Dass die Gläubigerin zum damaligen Zeitpunkt ein berechtigtes Interesse an der rechtzeitigen Mitteilung an das Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ hatte, liegt auf der Hand, zumal eine Liegenschaft in der Konkursmasse einer Privatperson in der Regel einen namhaften Vermögensbestandteil ausmacht. Aus diesem E-Mailkontakt einen Ausstandsgrund im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO ableiten zu wollen (vgl. act. 2 S. 10 oben), ist deshalb verfehlt. Im Übrigen deutet die Anrede in der E-Mail von Richter E.\_\_\_\_\_ als "sehr geehrter Herr Kollege" (vgl. act. 2 S. 10) nicht im vornherein auf ein freundschaftliches Verhältnis hin, ist es doch üblich, dass man sich in Juristenkreisen mit Frau Kollegin bzw. Herr Kollege anspricht.

Die weiteren Vorbringen des Schuldners zu den persönlichen Interessen des Advokaturbüros D.\_\_\_\_\_ & ... an der Konkursöffnung und der fehlenden Einzelzeichnungsberechtigung von Rechtsanwalt Dr. D.\_\_\_\_\_ etc. (vgl. act. 2 S. 6 f.; act. 6/17) stellen neue Tatsachen im Sinne von Art. 326 ZPO dar und sind daher nicht zu hören.

Im Sinne der obigen Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Mangels entstandener Umtrieben ist der Gläubigerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Der Gläubigerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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. M. Weibel

versandt am: