

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120223-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 21. Dezember 2012

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Fürsprecher X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ AG, Inkassodienst,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. November 2012 (EK121595)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 8. November 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 2'905.10 nebst 5% Zins seit 7. November 2011 zuzüglich Fr. 80.-- Spesen und Fr. 155.-- Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde, beim Gericht eingegangen am 23. November 2012, beantragt dieser die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Die Sperre des bei der ...bank auf seinen und den Namen seiner Frau laufenden Privatkontos sei ferner aufzuheben (act. 2). Sodann reichte er zahlreiche Beilagen zur Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit ein (act. 5/2 und 5/4-15).

2. Da der Schuldner telefonisch nicht erreichbar war und die Rechtsmittelfrist gemäss seinen Angaben am Tag des Eingangs der Beschwerde ablief, wurde er noch am 23. November 2012 per E-Mail darauf hingewiesen, dass er bis zum Fristablauf einen innert dieser Frist verwirklichten Konkurshinderungsgrund durch Urkunden zu beweisen habe, wobei zu den Kosten der Konkursforderung auch die beim Konkursamt anfallenden (und dort zu erfragenden) sowie die erstinstanzlichen Kosten gehören würden. Ebenfalls innerhalb der Rechtsmittelfrist sei die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (act. 9-10). Innert der Rechtsmittelfrist wies der Schuldner keinen Konkurshinderungsgrund nach, weshalb der Beschwerde mit Verfügung vom 28. November 2012 einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert wurde. Weiter wurde der Vorinstanz Frist zu einer obligatorischen Stellungnahme angesetzt, da aufgrund der Akten Unklarheiten betreffend die anlässlich der Konkursverhandlung vom 1. November 2012 gewährte "Fristerstreckung" bestanden. Sodann wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.-- für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten angesetzt (act. 13). Die Vernehmlassung datiert vom 30. November 2012 (act. 15). Am 6. Dezember 2012 bat der Schuldner um Rückerstattung des von ihm am Vorabend zugunsten der Gerichtskasse bezahlten Vorschusses (act. 17 und 20). Bei diesem Ersuchen handelte es sich allerdings um ein Versehen, wie der Schuldner

mit Schreiben vom 7. Dezember 2012 klarstellte. Gleichzeitig stellte er die Hinterlegung der Konkursforderung bei der Obergerichtskasse bis zum 10. Dezember 2012 in Aussicht und reichte eine Bestätigung des Konkursamtes ein, wonach dessen Kosten von Fr. 1'400.-- sichergestellt sind (act. 18-19). Am 10. Dezember 2012 hinterlegte der Schuldner bei der Gerichtskasse Fr. 3'286.15, was die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten deckt (act. 21). Schliesslich gelangte der Schuldner am 23. November und 11. Dezember 2012 mit weiteren Eingaben samt Beilagen an die Kammer (act. 11-12, act. 22-23).

3.a) Der Schuldner erklärt unter Hinweis auf den – undatierten – handschriftlichen und vom Vorderrichter unterzeichneten Vermerk auf seiner Vorladung "Frist erstreckt bis DO 8. Nov. 2012,", er habe im Verlauf des Nachmittags vom 8. November 2012 beim Konkursrichter vorgesprochen, worauf ihm dieser beschieden habe, die Frist sei um 10.00 Uhr abgelaufen und der Konkurs eröffnet worden (act. 2 S. 5, act. 5/6).

b) Den Akten lässt sich Folgendes entnehmen: Es wurde auf den 1. November 2012, 10.00 Uhr zur Konkursverhandlung vorgeladen (act. 8/3). Zur Verhandlung erschien der Schuldner persönlich in Begleitung seiner Ehefrau. Er führte aus, er wolle die Sache in ein bis zwei Wochen bereinigen. Er werde in diesem Zeitraum Geld erhalten, womit er die Konkursforderung bezahlen könne. Der Konkursrichter erklärte darauf hin, er werde die Frist um höchstens eine Woche verlängern und forderte den Schuldner auf, mit der Gläubigerin betreffend die Regelung der Schuldentilgung Kontakt aufzunehmen. Entsprechend erstreckte er ihm die Frist bis am 8. November 2012, 10.00 Uhr (vgl. im nichtunterzeichneten Prot. I S. 2 f.). Dies wurde auch so auf dem Umschlag mit den vorinstanzlichen Akten vermerkt (act. 8). Auf der Vorladung des Schuldners wurde hingegen lediglich "Frist erstreckt bis DO 8. Nov. 2012," notiert; anders als im erstinstanzlichen Protokoll und auf dem Aktenumschlag fehlt die Uhrzeit (act. 5/6).

In seiner Stellungnahme äussert sich der Vorderrichter wie folgt: Der Grund dafür, dass der Vermerk auf der Vorladung des Schuldners die Zeit nicht enthalte, liege darin, dass dieser Vermerk allein die Funktion habe, dem Schuldner die Zahlung beim Betreibungsamt noch zu ermöglichen. Es habe Schuldner gegeben,

die dort ohne solchen Vermerk als verspätet abgewiesen worden seien. Er nehme zur Kenntnis, dass es zur Vermeidung von Missverständnissen sinnvoll wäre, die Zeit auch auf dem Vermerk zu applizieren. Allerdings wären dann weitere kurzfristige Fristerstreckungen von einer Abweisung beim Betreibungsamt bedroht (act. 15).

4.a) Gemäss Art. 171 SchKG hat das Konkursgericht ohne Aufschub zu entscheiden. Es spricht die Konkurseröffnung aus, sofern nicht einer der in Art. 172-173a SchKG erwähnten Fälle vorliegt. Die Aussetzung des Entscheides verbunden mit der Einräumung einer (weiteren) Frist zur Darlegung eines Konkurshinderungsgrundes über den Verhandlungstermin hinaus sieht das Gesetz somit nicht vor. Falls das Gericht dennoch im Sinne eines Entgegenkommens einen solchen Zahlungsausschub gewährt, darf ein Schuldner davon ausgehen, dass er die Konkurseröffnung bis zum Ablauf der Frist durch den Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes abwenden kann.

Anlässlich der Verhandlung vom 1. November 2012 belegte der Schuldner unbestrittenermassen keinen Konkurshinderungsgrund. Damit hätte das Konkursgericht den Konkurs unverzüglich eröffnen müssen. Stattdessen setzte es ihm eine (weitere) Frist bis zum 8. November 2012 an. Hinsichtlich der Uhrzeit sind die Akten missverständlich. Während im erstinstanzlichen Protokoll sowie auf dem Aktenumschlag 10.00 Uhr erscheint, fehlt dieser Zusatz im auf der Vorladung des Schuldners angebrachten Vermerk. Diese Unklarheit kann jedoch nicht dem Schuldner angelastet werden, zumal ihm das Protokoll weder zur Einsicht vorgelegt noch ausgehändigt wurde. Dass er sich unter diesen Umständen auf den ausdrücklichen Hinweis auf seiner Vorladung verliess, ist nachvollziehbar, selbst wenn der Vorderrichter an der Verhandlung explizit 10.00 Uhr erwähnt haben sollte. Damit durfte der Schuldner nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass er am 8. November 2012 zumindest während der Büro- bzw. Schalteröffnungszeiten, mithin bis 16.45 Uhr, beim Konkursrichter vorsprechen konnte. Als er dort nach seinen Angaben am Nachmittag des 8. Novembers 2012 vorstellig wurde – der Vorderrichter stellte dies in seiner Vernehmlassung nicht in Abrede –, wurde er über die bereits erfolgte Konkurseröffnung in Kenntnis gesetzt. Indem der Vorder-

richter den Konkurs bereits morgens um 10.00 Uhr aussprach, missachtete er demnach das berechtigte Vertrauen des Schuldners in den ihm gewährten Aufschub. Vielmehr hätte er mit der Eröffnung mindestens bis Schalterschluss oder bis am Folgetag zuwarten müssen.

b) An sich wäre die Sache damit an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese erneut über das Konkursbegehren der Gläubigerin entscheidet. Hiervon kann indes vorliegend abgesehen werden, da der Schuldner – wie eingangs erwähnt – die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten zuhanden der Gläubigerin hinterlegt hat. Ebenso wurden die Kosten des Konkursamtes sichergestellt. Mit der Auszahlung an die Gläubigerin besteht nunmehr (sinngemäss) der Konkurshinderungsgrund der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG und es ist so zu verfahren, wie wenn der Schuldner die Forderung bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters hinterlegt bzw. beglichen hätte. Damit ist auch unerheblich, dass die Hinterlegung erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgte.

c) Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet, und es ist die Konkurseröffnung aufzuheben, ohne dass die Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG geprüft werden müsste.

5. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten sind dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis veranlasst hat und dieses auch dann nicht kostenlos hätte erledigt werden können, wenn der Konkursrichter dem Schuldner keinen Zahlungsaufschub eingeräumt hätte. Denn bis zur ordnungsgemäss durchgeführten Verhandlung vom 1. November 2012 lag wie erwogen kein Konkurshinderungsgrund vor. Hingegen fallen die zweitinstanzlichen Kosten ausser Ansatz, da die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens bzw. das Missverständnis im vorinstanzlichen Verfahren nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes sind aus diesem Grund auf die Staatskasse zu nehmen (OGer ZH PS110149 vom 23. August 2012). Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. November 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird dem Schuldner auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes C._____ werden auf die Staatskasse genommen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 3'286.15 der Gläubigerin auszuzahlen.
6. Das **Konkursamt C._____** wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.-- (Fr. 1'400.-- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und dem Schuldner Fr. 1'000.-- auszuzahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 11, 17-18 und 22, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein.

8. 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. S. Bohli Roth

versandt am: