

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130181-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiber lic. iur. T. Engler

## **Beschluss und Urteil vom 1. November 2013**

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

verbeiständet durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH Y.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Z.\_\_\_\_\_,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 2. Oktober 2013 (EK120063)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist als Inhaber der Einzelunternehmung Dr. A. \_\_\_\_\_ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 6).

2. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen eröffnete mit Urteil vom 2. Oktober 2013 für eine Forderung des Gläubigers und Beschwerdegegners (fortan Gläubiger) im Betrag von Fr. 115'000.00 nebst Zins zu 5% seit 7. Dezember 2006, zuzüglich Fr. 7'003.85 (Zins bis 6. Dezember 2006), Fr. 6'000.00 Rechtsöffnungskosten und Fr. 406.00 Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 3 = act. 7). Das Urteil wurde dem Schuldner am 3. Oktober 2013 zugestellt (act. 8/92/1).

3. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2013 liess der Schuldner, vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH Z. \_\_\_\_\_, Beschwerde gegen das Urteil vom 2. Oktober 2013 erheben. Darin stellte er die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 02. Oktober 2013 [G.-Nr. EK120063-G] als nichtig zu erklären sowie vollumfänglich aufzuheben bzw. es sei der Konkurs zu widerrufen, und es sei das Konkursamt C. \_\_\_\_\_ anzuweisen, dem gegenüber A. \_\_\_\_\_ anhand genommenen Konkurs unverzüglich und endgültig einzustellen;
2. es sei dieser Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu verleihen, und es sei das Konkursamt C. \_\_\_\_\_ anzuweisen, das gegenüber A. \_\_\_\_\_ bereits anhand genommene Konkursverfahren jedenfalls für die Dauer dieses Beschwerdeverfahrens bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung auszusetzen;
3. eventualiter sei das Konkursamt C. \_\_\_\_\_ anzuweisen, den Konkurs gegenüber A. \_\_\_\_\_ solange zu sistieren, bis der von Rechtsanwalt Y1. \_\_\_\_\_, ..., für A. \_\_\_\_\_ vor dem Landgericht Waldshut-Tiengen (Deutschland) ange-

strengte Prozess zwecks Feststellung der Nichtigkeit des der hier massgeblichen Konkursandrohung des B.\_\_\_\_\_ vom 08. Februar 2012 und damit dem angefochtenen Konkursurteil vom 02. Oktober 2013 als Rechttitel zugrunde liegenden Kaufvertrags vom 07. August 1991 mit Verkaufsabmachung vom 11. April 1991 rechtskräftig erledigt ist;

3. unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers und Gläubigers."

Ferner stellte der Schuldner den folgenden prozessualen Antrag (act. 2 S. 2; act. 9):

"E sei dem Beschwerdeführer A.\_\_\_\_\_ für dieses Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung durch den unterzeichneten Rechtsanwalt zu gewähren."

4. Mit Verfügung der Präsidentin vom 15. Oktober 2013 wurde der Antrag des Schuldners auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (act. 11).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8). Von der Verpflichtung zur Bezahlung eines Kostenvorschusses und von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 98 ZPO, Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1. Vorbemerkungen:

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

Das Gesagte bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat.

Beim Konkursaufhebungsgrund der Tilgung muss die Schuld vor Ablauf der Beschwerdefrist einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt worden sein (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Dies bedeutet praxisgemäss, dass auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts beim zuständigen Konkursamt rechtzeitig sicherzustellen sind (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011).

Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

Auf die Vorbringen des Schuldners in der Beschwerdeschrift vom 10. Oktober 2013 (act. 2) ist nachfolgend einzugehen, soweit dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

2. Zum der Konkursforderung zugrunde liegenden Urteil vom 3. August 2009:

2.1 Der Schuldner verweist auf das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 3. August 2009 betreffend vom Gläubiger geltend gemachte Forderungen. Dieses Urteil sei, so der Schuldner, "die prozessuale Grundlage zum Konkursbegehren lautend über CHF 115'000.00" gewesen (act. 2 S. 18). Das vom Schuldner eingereichte Exemplar des Urteils enthält eine Bescheinigung der Vorinstanz, wonach das Urteil am 1. September 2009 rechtskräftig wurde (act. 5/21 S. 3).

Das Bezirksgericht Meilen verpflichtete den Schuldner mit diesem Urteil zum einen zur Bezahlung von Fr. 90'000.00 (zuzüglich Zinsen) und zum anderen zur Bezahlung von Fr. 115'000 in WIR-Geld (ebenfalls zuzüglich Zinsen) je an den Gläubiger (act. 5/21).

Die Zwangsvollstreckung der erstgenannten der beiden Forderungen gemäss dem erwähnten Urteil führte im Jahr 2010 zu einem Konkursverfahren zwischen den Parteien, welches Gegenstand des Rekursverfahrens NN100063 vor der Kammer war (vgl. die Verfügung vom 2. Juni 2010, act. 5/18a, in welcher auf *das Kapital* von Fr. 90'000.00 verwiesen wird). Die Kammer hob damals die vom Konkursgericht am Bezirksgericht Meilen verfügte Konkurseröffnung auf, (u.a.) weil der Schuldner bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 137'223.00 hinterlegt hatte, welcher die geltend gemachte Forderung inkl. Zinsen und Kosten abdeckte (act. 5/11).

Vorliegend geht es dagegen um die Vollstreckung der zweiten Position von Fr. 115'000.00, die ursprünglich in WIR-Geld zu bezahlen war. Das geht klar aus dem entsprechenden Betrag der Konkursforderung hervor (Fr. 115'000.00 nebst aufgelaufenem Zins seit 6. Dezember 2006 und 5% Zins seit 7. Dezember 2006 – auch die Zinsbestimmung entspricht derjenigen der WIR-Forderung gemäss Urteil vom 3. August 2009).

Wie es sich mit der Umwandlung der WIR-Forderung in einen auf Schweizerfranken lautenden Vollstreckungstitel verhalten hat (dafür ist nach BGE 94 III 74 E. 3 S. 77 f. der ordentliche Richter anzurufen, vgl. auch BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 172 N 12), braucht nicht geprüft zu werden, zumal sich der Schuldner dazu nicht äussert. Entscheidend ist, dass das zuständige Rechtsöffnungsgericht dem Gläubiger mit Urteil vom 21. Dezember 2011 für die entsprechende Forderung (Fr. 115'000.00 zuzüglich Zinsen und Nebenforderungen) die definitive Rechtsöffnung erteilte. Dies geschah gestützt auf das rechtskräftige Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 23. August 2011 als Rechtsöffnungstitel (vgl. act. 8/5). Das Rechtsöffnungsgericht stützte sich mithin auf einen rechtskräftigen Entscheid, welcher dem Gläubiger die Konkursforderung als Geldforderung in Schweizerfranken zusprach. Der Schuldner äussert sich nicht dazu und ebenso wenig zu einem allfälligen Rechtsmittelverfahren gegen den Rechtsöffnungsentscheid.

2.2 Der Schuldner macht geltend, das für ihn nachteilige Urteil vom 3. August 2009 sei infolge eines Fristversäumnisses seines damaligen Rechtsver-

treters ergangen (act. 2 S. 19). Gemäss den mit der Beschwerde eingereichten Belegen versuchte der Schuldner vergeblich, die versäumte Frist (die Klageantwortfrist) wiederherzustellen. Das entsprechende Gesuch des Schuldners wurde vom Bezirksgericht Meilen mit Beschluss vom 15. März 2010 abgewiesen (act. 5/22). Die vom Schuldner dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde an die damalige III. Zivilkammer des Obergerichts führte nach der Schilderung des Schuldners nicht zum Erfolg (act. 2 S. 18).

Auf die Wiederherstellung dieser Frist – und insgesamt auf das Urteil vom 3. August 2009 – kann der Schuldner im Konkursverfahren nicht zurückkommen. Die Rechtskraft des Urteils vom 3. August 2009 steht diesem Ansinnen entgegen. Es ist nicht möglich, im Verfahren der Konkursöffnung quasi eine Revision des zugrundeliegenden, rechtskräftigen Urteils zu erwirken.

Dabei ist nicht erheblich, ob den Schuldner am Versäumnis, welches zum für ihn nachteiligen Urteil vom 3. August 2009 führte, ein persönliches Verschulden trifft. Denn allfällige Versäumnisse seines damaligen Rechtsvertreters hat sich der Schuldner anrechnen zu lassen, auch wenn er (der Schuldner) sie nicht persönlich verschuldete. Die Hinweise des Schuldners auf Sorgfaltspflichtverletzungen seines damaligen Rechtsvertreters (act. 2 S. 18) sind daher unbehelflich.

### 3. Konkursaufhebungsgründe nach Art. 174 Abs. 2 SchKG:

3.1 Der Schuldner macht kurz zusammengefasst geltend, die Konkursöffnung basiere auf einer Nichtschuld, weil die geltend gemachte Kaufpreisforderung basierend auf einem Vertrag zwischen den Parteien vom 7. August 1991 (act. 5/10a) längst getilgt worden sei. Überdies sei der genannte Vertrag ungültig (act. 2 S. 14 ff.).

Der Standpunkt des Schuldners entspricht der Tilgung der Konkursforderung. Unter Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ist nicht nur Zahlung, sondern jeder auf irgendeinem anderen zivilrechtlichen Grund beruhende Untergang einer Forderung zu verstehen (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 21).

Auch in diesem Zusammenhang ist indessen die Rechtskraft des Urteils vom 3. August 2009 (und diejenige des weiteren, bereits erwähnten Urteils vom 23. August 2011) zu beachten. Analog der Situation bei der definitiven Rechtsöffnung gestützt auf ein vollstreckbares Urteil, welcher lediglich die Tilgung nach Erlass des Urteils entgegen gehalten werden kann, muss die Tilgung auch als Konkursaufhebungsgrund, wenn die Konkursforderung auf einem vollstreckbaren Urteil beruht, nach dem Erlass des entsprechenden Urteils erfolgt sein. Massgeblich ist das Datum der Urteilsfällung (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 21, Art. 172 N 12; BSK SchKG I-Staehelin, 2. Auflage 2010, Art. 81 N 5). Andernfalls müsste der Konkursöffnungsrichter (bzw. die Beschwerdeinstanz) das Urteil materiell überprüfen, was auch in diesem Zusammenhang nicht angehen kann.

3.2 Eine Tilgung der Konkursforderung vor dem Ergehen des Urteils vom 3. August 2009 (bzw. vor demjenigen des Urteils vom 23. August 2011) konnte und durfte die Vorinstanz daher nicht berücksichtigen. Der Vorwurf des Schuldners, die Vorinstanz habe sich von formalen Gesichtspunkten leiten lassen und habe sich nicht um die materiellrechtlichen Belange gekümmert (act. 2 S. 17), geht insoweit fehl. Insgesamt sind die Argumente des Schuldners über eine Tilgung der Schuld vor dem 3. August 2009 / 23. August 2011 im vorliegenden Beschwerdeverfahren unbehelflich.

Das gilt zunächst für den Hinweis, die Kaufpreisforderung sei bereits beim Abschluss des Kaufvertrags (act. 5/10a) getilgt gewesen, und diese Forderung sei ohnehin nicht dem Gläubiger, sondern dessen Ehefrau zugestanden. Es gilt ferner für die Ausführungen des Schuldners betreffend eine vor dem angeblich nichtigen Kaufvertrag von 1991 abgeschlossene und "damit obsolete" Darlehensvereinbarung, auf welche sich der Gläubiger stütze. Unerheblich ist auch die vom Schuldner erwähnte Rechtshängigkeit eines gerichtlichen Verfahrens in Deutschland, in welchem die angebliche Nichtigkeit des fraglichen Kaufvertrags festgestellt werden soll (act. 2 S. 14 ff.). Die blosse Tatsache, dass ein solches Verfahren hängig ist, kann aus Gründen der Rechtssicherheit keine Auswirkungen auf die Rechtskraft des Urteils vom 3. August 2009 haben.

Sodann kann der Schuldner auch aus der weiteren Behauptung nichts für sich ableiten, wonach ihm der Gläubiger im Jahr 2008 angeboten habe, gegen Bezahlung von Fr. 150'000.00 auf den ihm angeblich zustehenden Restbetrag zu verzichten (act. 2 S. 16). Auch dieses angebliche Angebot des Gläubigers erfolgte vor dem aufgezeigten hier massgeblichen Zeitpunkt. Nur nebenbei ist daher darauf hinzuweisen, dass der Schuldner gar nicht geltend macht, dem Gläubiger den Betrag von Fr. 150'000.00 bezahlt zu haben. Der Schuldner verweist lediglich auf die im bereits erwähnten Konkursverfahren von 2010 erfolgte Hinterlegung von Fr. 136'723.00 (act. 2 S.16).

Die Hinterlegung dieses Betrags ist aktenkundig, und dem Gläubiger wurden davon Fr. 136'874.40 ausbezahlt (act. 5/11). Dabei handelte es sich aber wie vorne aufgezeigt um eine andere Forderung des Gläubigers. Dies geht auch aus der Schilderung des Schuldners in der vorliegenden Beschwerdebegründung hervor, wonach der Gläubiger nach der damaligen Zahlung (so der Schuldner) "einen weiteren Betrag" bzw. einen ihm "angeblich zustehenden Restbetrag", in Betreuung gesetzt habe bis hin zur Konkursandrohung (act. 2 S. 17).

Auf die im Konkursverfahren von 2010 erfolgte Befriedigung des Gläubigers ist damit nicht weiter einzugehen.

3.3 Eine Tilgung der Konkursforderung (ursprünglich Fr. 115'000.00 in WIR-Geld gemäss Urteil vom 3. August 2009) nach dem 3. August 2009 bzw. 23. August 2011 wird vom Schuldner nicht geltend gemacht.

3.4 Der Schuldner hat somit die Tilgung der Konkursforderung nicht nachgewiesen, geschweige denn *urkundlich*, was nach den einschlägigen Bestimmungen wie gesehen erforderlich wäre. Zudem fehlt es auch an der Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts.

Anzeichen für das Vorliegen eines anderen der aufgezeigten Konkursaufhebungsgründe sind nicht ersichtlich und werden vom Schuldner auch nicht dargelegt. Somit ist kein Konkursaufhebungsgrund nach Art. 174 Abs. 2 SchKG gegeben.

#### 4. Geltend gemachte Verfahrensfehler der Vorinstanz:

4.1 Im Weiteren rügt der Schuldner verschiedene Verfahrensfehler der Vorinstanz. Zunächst macht er geltend, die Befangenheit von Bezirksrichterin D.\_\_\_\_\_ sei nicht geklärt. Er habe am 27. September 2013 und somit rechtzeitig vor der Konkursverhandlung vom 2. Oktober 2013 ein Ablehnungsbegehren gestellt. Das Begehren sei mit Verfügung vom 30. September 2013 zugelassen worden, und Bezirksrichterin D.\_\_\_\_\_ sei eine Frist zur Stellungnahme angesetzt worden. Dessen ungeachtet habe die abgelehnte Richterin den angefochtenen Entscheid erlassen (act. 2 S. 10 ff.).

Der Schuldner irrt, wenn er annimmt, bereits die Stellung eines Ausstandsbegehrens habe zur Folge, dass die betreffende Richterin nicht mehr am Verfahren mitwirken dürfe. Nach der Praxis schliesst die Stellung des Ablehnungsbegehrens weder die Fortführung des Verfahrens noch den Erlass des Erledigungsentscheids durch die abgelehnte Gerichtsperson aus. Zu beachten ist einzig, dass die Wiederholung von Verhandlungen oder die Aufhebung von Entscheiden vorbehalten bleibt, wenn sich das Ausstandsbegehren als begründet erweist (ZR 81/1982 Nr. 97; Kass-Nr. AA AA070129 vom 5. August 2008; zum neuen Recht vgl. Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 50 N 4). Der Schuldner macht nicht geltend, über das Ausstandsbegehren sei bereits entschieden worden. Dies geht auch aus den Akten nicht hervor. Auf den geltend gemachten Ausstand ist somit im jetzigen Verfahrensstadium nicht einzugehen.

4.2 Weiter lässt der Schuldner vorbringen, er persönlich sei nicht zur Verhandlung vom 2. Oktober 2013 vorgeladen worden (act. 2 S. 12 ff.).

Auch daraus lässt sich indes nichts zugunsten des Schuldners ableiten. Zwar wurde die Vorladung vom 6. September 2013 zur Verhandlung vom 2. Oktober 2013 nach dem vorinstanzlichen Vorladungsprotokoll dem Schuldner nicht persönlich, sondern über seinen Rechtsbeistand Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ gestellt (act. 8/69-71). Dies ist indes nicht zu beanstanden. Nach der Bestellung von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ als Rechtsbeistand des Schuldners mit Beschluss der KESB Meilen vom 10. Januar 2013 (dies auf Beschluss der erkennenden Kam-

mer vom 7. Dezember 2012 hin, vgl. act. 8/47, 8/49) und der Abweisung der vom Schuldner dagegen erhobenen Rechtsmittel (act. 8/64, 8/67) konnten (und mussten) Zustellungen an den Schuldner über Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ erfolgen (Art. 137 ZPO). Dies galt ohne weiteres, solange der Schuldner gegenüber der Vorinstanz keinen anderen Vertreter bezeichnete, was nicht vor dem 27. September 2013 geschah (Einreichung der Vollmacht vom 24. September 2013 durch Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_, act. 8/72 = 8/74; act. 8/75/2).

Aus der erwähnten Eingabe vom 27. September 2013 erhellt im Übrigen, dass der Schuldner Kenntnis vom Verhandlungstermin vom 2. Oktober 2013 erlangt hatte. So konnte er Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ offenbar mit der Vorladung zu dieser Verhandlung dokumentieren, welche Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ als Beilage mit seiner Eingabe einreichte (act. 8/75/1). Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ bezog sich in der Eingabe vom 27. September 2013 an die Vorinstanz ausdrücklich auf die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 2. Oktober 2013 (act. 8/74 S. 1).

4.3 Als weiteres Argument macht der Schuldner geltend, sein amtlich bestellter Rechtsbeistand Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ sei anlässlich der Verhandlung vom 2. Oktober 2013 nicht genügend instruiert gewesen. Die Rechte des Schuldners seien daher nicht bzw. jedenfalls in ungenügender Weise wahrgenommen worden (act. 2 S. 12 ff.).

Wie soeben erwähnt, bevollmächtigte der Schuldner am 24. September 2013 mit Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ einen weiteren Rechtsvertreter (act. 8/75/2). Dieser stellte sodann mit der ebenfalls bereits erwähnten Eingabe vom 27. September 2013 das Gesuch, die Verhandlung vom 2. Oktober 2013 sei zu verschieben. Zur Begründung verwies er nicht etwa auf ein terminliches Problem, sondern lediglich auf die angebliche Befangenheit von Bezirksrichterin D.\_\_\_\_\_ (act. 8/74).

Mit Verfügung vom 1. Oktober 2013 (den Parteivertretern gleichentags per Fax zur Kenntnis gegeben) liess die Vorinstanz sodann (unter Abweisung des Verschiebungsgesuchs) Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ ausdrücklich als zweiten Vertreter des Schuldners zu (vgl. act. 8/77, 8/78/1-3). Danach war es der freie Entscheid

von Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_, an der Verhandlung vom 2. Oktober 2013 (von der er wie gesehen Kenntnis hatte) seinerseits nicht teilzunehmen (vgl. act. 84).

Auf die Instruktion von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ und auf dessen Ausführungen vor der Vorinstanz (vgl. act. 84) ist vor diesem Hintergrund nicht weiter einzugehen. Allfällige diesbezügliche Beeinträchtigungen hat der Schuldner sich selbst bzw. seinem gewillkürten Vertreter zuzuschreiben, da ihm die Vorinstanz ausdrücklich die Möglichkeit gewährte, seinen Standpunkt an der Verhandlung vom 2. Oktober 2013 (auch) durch den gewillkürten Vertreter einzubringen.

Auch in diesem Zusammenhang gilt im Übrigen, dass allfällige Pflichtverletzungen des bestellten Beistands im Rahmen des seiner Bestellung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, etwa mit Blick auf das Einholen der Instruktion (wenn es solche Verletzungen gäbe), dem Schuldner im Aussenverhältnis (d.h. gegenüber dem Gläubiger) zuzurechnen wären.

4.4 Sodann ist kurz auf die Rüge des Schuldners einzugehen, wonach ihm die Vorinstanz trotz Stellung eines entsprechenden Gesuchs unmittelbar nach Erhalt des angefochtenen Entscheids die Vorakten und das Verhandlungsprotokoll nicht zustellte (act. 2 S. 8). Den darin allenfalls liegenden Nachteil, dass er von den einzelnen Vorbringen anlässlich der Verhandlung vom 2. Oktober 2013 keine Kenntnis hat, hat der Schuldner ebenfalls sich selbst bzw. seinem gewillkürten Vertreter Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ zuzuschreiben, der anlässlich der Verhandlung vom 2. Oktober 2013 nicht erschien (act. 8/84 S. 1).

Überdies hätte die Möglichkeit bestanden, vor dem Obergericht Akteneinsicht (auch in die beigezogenen erstinstanzlichen Akten) zu verlangen und mit Blick auf Rügen, die erst danach substantiiert hätten begründet werden können, ein Fristwiederherstellungsgesuch zu stellen (Art. 148 ZPO). Der anwaltlich vertretene Schuldner hat indessen im Beschwerdeverfahren weder Akteneinsicht verlangt noch um Wiederherstellung der Frist ersucht. Darauf ist daher nicht weiter einzugehen.

4.5 Der Schuldner rügt als Nächstes, das angefochtene Urteil enthalte keine bzw. keine genügende Begründung, wodurch ihm das rechtliche Gehör verweigert worden sei (act. 2 S. 4, 19 f.). Dem ist nicht zu folgen. Das angefochtene Urteil vom 2. Oktober 2013 enthält eine Begründung, welche dem bei Konkursöffnungen Üblichen entspricht und welche den Anforderungen genügt. Sie enthält entgegen der Ansicht des Schuldners die wesentlichen Gründe für die Konkursöffnung (vgl. act. 3). Dass die Begründung schlank abgefasst wurde, und dass sie sich auf das Wesentliche beschränkt, ist nicht zu beanstanden. Tat- und Rechtsfragen, die für die Entscheidungsfindung unerheblich sind, müssen in der Begründung nicht abgehandelt werden (BSK ZPO-Gehri, 2. Auflage 2013, Art. 53 N 25). Dass der der Konkursforderung zugrundeliegende Titel im angefochtenen Entscheid nicht erwähnt wurde, ist nicht zu beanstanden, da dieser nach der Erteilung der Rechtsöffnung im Verfahren betreffend Konkursöffnung ohnehin nicht mehr zu prüfen ist. Der Hinweis auf den Zahlungsbefehl und auf die Konkursandrohung ist daher ausreichend. Umso weniger ist im Konkurserkennnis auf die materielle Richtigkeit des zugrundeliegenden Zivilurteils einzugehen. Die diesbezüglichen Einwendungen des Schuldners musste die Vorinstanz daher nicht behandeln.

Der Schuldner irrt im Übrigen, wenn er annimmt, die Vorinstanz habe seiner Beschwerde die aufschiebende Wirkung verweigert (act. 2 S. 4). Die Beschwerde hat nach Art. 325 Abs. 1 ZPO von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung. Lediglich die Rechtsmittelinstanz kann die Vollstreckbarkeit nach Art. 325 Abs. 2 ZPO aufschieben. Für die Vorinstanz gab es diesbezüglich somit nichts zu entscheiden. Daher genügt der Hinweis auf die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids und auf Art. 325 Abs. 1 ZPO den Anforderungen ohne weiteres.

5. Der Schuldner sieht im Vorgehen des Gläubigers, der beabsichtige, sich die verkaufte Liegenschaft im Zwangsvollstreckungsverfahren wieder "unter den Nagel zu reissen", ein rechtsmissbräuchliches Verhalten (act. 2 S. 6, 20). Die bloße Tatsache, dass der Gläubiger gestützt auf das Urteil vom 3. August 2009 die Zwangsvollstreckung einleitete, kann ihm indes nicht als Rechtsmissbrauch entgegen gehalten werden. Dabei ist belanglos, dass das Urteil vom 3. August 2009 im Sinne eines Säumnisurteils ohne Beantwortung der Klage durch den

Schuldner und damaligen Beklagten erging (vgl. vorne II./2.2). Könnte sich ein Schuldner der Zwangsvollstreckung gestützt auf ein solches Urteil unter Hinweis auf die angebliche Unrichtigkeit des Urteils gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot entziehen, so würden die Säumnisfolgen ihres Sinnes entleert.

6. Im Sinne eines Eventualantrags ersucht der Schuldner um Sistierung des Konkursverfahrens bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids über die bereits erwähnte, in Deutschland erhobene Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des der Forderung zugrundeliegenden Vertrags (act. 2 S. 2, 7 f.). Auch einem solchen Vorgehen stehen indes die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des Urteils vom 3. August 2009 (sowie desjenigen vom 23. August 2011) entgegen. Nach der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung wurde das Betreibungsverfahren korrekt weitergeführt (etwas anderes macht der Schuldner nicht geltend). Eine Sistierung des Konkursverfahrens ist danach nur aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen möglich ("Aussetzung des Entscheids", Art. 173 f. SchKG). Solche Gründe ergeben sich nicht aus den Akten und werden vom Schuldner nicht geltend gemacht. Auf das Begehren um Sistierung ist daher nicht weiter einzugehen. Dasselbe gilt für die in diesem Zusammenhang gestellten Beweisofferte betreffend Einholung eines Amtsberichts des Konkursamts (act. 2 S. 8), die irrelevant ist, da die geltend gemachten Gründe (mutmassliche Weigerung des Konkursamts, den Prozess in Deutschland weiterzuführen) ohnehin nicht zu einer Sistierung führen können.

7. Zusammenfassend hat der Schuldner weder einen Konkursaufhebungsgrund nachgewiesen, noch ist ein anderer Grund ersichtlich, aus welchem das angefochtene Konkursurteil aufzuheben wäre. Auch für eine Sistierung des Konkursverfahrens besteht kein Anlass. Daher ist die Beschwerde des Schuldners abzuweisen.

### III.

1. Der Schuldner ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (act. 2 S. 1). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

Nach dem Gesagten ist weder ein nach Erlass des Urteils vom 3. August 2009 entstandener Konkurshinderungsgrund noch ein Grund für eine Sistierung des Konkursverfahrens oder ein anderer Grund für die Gutheissung der Beschwerde ersichtlich. Die Beschwerde erweist sich daher ab dem Zeitpunkt ihrer Erhebung als aussichtslos. Dies führt zur Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege, ohne dass die Mittellosigkeit des Schuldners zu prüfen wäre. Somit erübrigt sich ein Eingehen auf den Antrag des Schuldners, es sei ihm nötigenfalls Frist zur Einreichung weiterer Belege betreffend die Mittellosigkeit anzusetzen (act. 9 S. 5). Ebenso kann offen bleiben, ob in der vorliegenden Situation, bei bereits erfolgter Bestellung eines Rechtsbeistands gestützt auf Art. 69 ZPO, überhaupt noch ein Anspruch auf Bestellung eines (weiteren) unentgeltlichen Rechtsvertreters nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO besteht.

2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Schuldner kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entsprechend ist auch der vorinstanzliche Kostenentscheid zu bestätigen.

3. Dem Gläubiger ist mangels Aufwendungen im zweitinstanzlichen Verfahren für dieses keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Schuldners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.
3. Die Anfechtung dieses Beschlusses richtet sich nach der Rechtsmittelbelehrung zum nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 2. Oktober 2013 (EK120063) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Schuldner auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage der Doppel von act. 2 und 9, an das Konkursamt C.\_\_\_\_ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Meilen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E.\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
6. 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  
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: