

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140277-O/ U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

Urteil vom 22. Dezember 2014

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ **Versicherungen AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ Versicherungen AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 3. Dezember 2014 (EK141495)

Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer ist seit dem 29. September 2010 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Firma "C._____" eingetragen, das die Vermögensverwaltung bezweckt (act. 8).

2. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 3. Dezember 2014 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 3). Mit Beschwerde vom 15. Dezember 2014 beantragte der Beschwerdeführer rechtzeitig (act. 7/13) die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Sodann reichte er zahlreiche Beilagen ein (act. 5/3-27). Mit Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).

3. 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 Konkursaufhebungsgründe (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 Konkurs-hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294). Wird der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben, also insbesondere auch wegen eines Verfahrensmangels, so wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 7 und 12).

4. Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Er habe die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 29. Oktober 2014 am 24. September 2014 erhalten. Im Anschluss habe er die Beschwerdegegnerin kontaktiert. Diese habe ihm mitgeteilt, dass die Konkursverhandlung vom 29. Oktober 2014 abgesagt werde. Über ein Verschiebungsdatum sei nicht gesprochen worden. Da er unmittelbar danach mit Schreiben der SVA Zürich vom 7. November 2014 eine individuelle Prämienverbilligung in der Höhe von Fr. 1'764.– erhalten habe, sei er davon ausgegangen, dass die Angelegenheit damit erledigt sei, da die Prämienverbilligung in etwa dem in Betreuung gesetzten Grundbetrag von Fr. 1'797.80 entsprochen habe. Entgangen sei ihm, dass auf besagtem Schreiben die Prämienverbilligung für das Jahr 2015 gewährt worden sei. Aufgrund des Gesagten sei jedoch glaubhaft, weshalb er sich nicht weiter um die Angelegenheit gekümmert habe. Ferner habe er auch von einer Erledigung ausgehen dürfen, weil er von Seiten des Konkursgerichts aber auch von Seiten der Gläubigerin nichts mehr gehört habe. Die Beschwerdegegnerin habe das Konkursgericht mit Schreiben vom 22. Oktober 2014 ersucht, die Konkursverhandlung vom 29. Oktober 2014 auf den 3. Dezember 2014 zu verschieben. Diesem Begehren der Beschwerdegegnerin sei allem Anschein nach stattgegeben worden, jedoch ohne förmliche Mitteilung i.S.v. Art. 138 Abs. 1 ZPO. Im Anschluss an dieses Schreiben habe die Konkursverhandlung am 3. Dezember 2014, 10.00 Uhr, stattgefunden, ohne dass er davon gewusst habe und ohne dass es ihm offen gestanden wäre, zu dieser Uhrzeit an der Verhandlung zu erscheinen und gegebenenfalls den Ausstand unverzüglich zu begleichen. Ihm sei nicht zur Kenntnis gebracht worden, dass die Konkursverhandlung lediglich verschoben und nicht annulliert worden sei. Da ihm keine erneute Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt worden sei, habe er keine Kenntnis von der Konkursverhandlung gehabt, wodurch das rechtliche Gehör verletzt worden sei. Mangels Kenntnis der Konkursverhandlung sei die Konkursverhandlung vom 3. Dezember 2014 aufzuheben. Eine erneute Ansetzung und Anzeige der Konkursverhandlung könne jedoch ausbleiben, zumal die Forderung der Beschwerdegegnerin

zwischenzeitlich im Sinne eines echten Novums bezahlt worden sei (act. 2 S. 13 ff.).

5. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Parteien zur Hauptverhandlung betreffend Konkursöffnung auf den 29. Oktober 2014 vorgeladen wurden (act. 7/4-8). Mit Schreiben vom 22. Oktober 2014 ersuchte die Beschwerdegegnerin die Vorinstanz, die Konkursverhandlung vom 29. Oktober 2014 auf den 3. Dezember 2014 zu verschieben (act. 7/9). Mit Urteil vom 3. Dezember 2014, 10.00 Uhr, wurde in der Folge der Konkurs über den Beschwerdeführer eröffnet, mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe innerhalb der angesetzten und erstreckten Frist weder einen Rückzug des Begehrens noch einen Ausweis über die Tilgung der Forderung beigebracht (act. 7/10 = act. 3).

Der Beschwerdeführer weist zu Recht darauf hin, dass er weder erneut zur Konkursverhandlung vorgeladen noch auf eine allfällige Verschiebung hingewiesen wurde. Die Vorinstanz scheint das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Verschiebung der Verhandlung auf den 3. Dezember 2014 als Fristerstreckungsgesuch entgegengenommen zu haben. Es drängt sich dazu jedoch die Frage auf, weshalb sie den Beschwerdeführer nicht über die erstreckte Frist informierte bzw. weshalb sie bereits am letzten Tag der Frist (dem 3. Dezember 2014) das Urteil fällte. Ist das Vorgehen der Vorinstanz dahingehend zu interpretieren, dass sie – wie es von der Beschwerdegegnerin ausdrücklich beantragt worden ist – die Hauptverhandlung auf den 3. Dezember 2014 verschoben hat, hätte sie dies dem Beschwerdeführer so mitteilen und ihn neu vorladen müssen. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich damit als stichhaltig.

6. 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 an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Aufforderung, 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

abgesehen werden, weil der Beschwerdeführer belegt, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 8) zwischenzeitlich getilgt zu haben (vgl. act. 2 S. 8, act. 5/11 und act. 5/12). Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit kann folglich auch verzichtet werden, weil der Beschwerdeführer seine Zahlungsfähigkeit nur dann nachzuweisen hat, wenn er sich auf einen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Davon ist der Beschwerdeführer aber befreit, weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 7 und 12).

7. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– hat dennoch der Beschwerdeführer zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das vorinstanzliche Verfahren überhaupt veranlasst hat. Hingegen hätte der Konkurs wie gesehen nicht eröffnet werden dürfen, weshalb dem Beschwerdeführer weder die zweitinstanzliche Entscheidgebühr noch die Kosten des Konkursamts auferlegt werden können (OGer ZH PS110025 vom 11. März 2011). Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (ZK ZPO-JENNY, 2. Aufl., Art. 107 N 26; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 107 N 15).

Der bei der Obergerichtskasse als Vorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.– (act. 5/27) kann dem Beschwerdeführer mangels Kostenerhebung zurückbezahlt werden. Ferner hat der Beschwerdeführer mit der Einzahlung von Fr. 1'000.– beim Konkursamt Riesbach-Zürich nebst der vorinstanzlichen Spruchgebühr auch dessen Kosten beglichen (act. 5/26). Kosten für das konkursamtliche Verfahren sind wie ausgeführt nicht zu erheben, weshalb dem Beschwerdeführer diese (abzüglich der vorinstanzlichen Spruchgebühr) ebenfalls zu erstatten sind. Der Beschwerdegegnerin ist sodann der im vorinstanzlichen Verfahren geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzubezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Dezember 2014, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamts Riesbach-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Eine Prozessentschädigung für das Beschwerdeverfahren wird nicht zugesprochen.
6. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und dem Beschwerdeführer den verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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. K. Graf

versandt am:
23. Dezember 2014