

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160238-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 17. Januar 2017

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 14. Dezember 2016 (EK161902)

Erwägungen:

1. A._____ (Schuldner und Beschwerdeführer, nachfolgend Schuldner) ist Inhaber eines Einzelunternehmens, welches im Handelsregister eingetragen ist (act. 6). Mit Urteil vom 14. Dezember 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 1'877.50 und Fr. 146.60 Betreibungskosten der B._____ AG (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) über A._____ den Konkurs (act. 7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte der Schuldner durch seinen Rechtsvertreter die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 20. Dezember 2016 wurde die Vorinstanz eingeladen, sich bis zum 22. Dezember 2016 zur Darstellung des Schuldners über seine Nichtzulassung zur Verhandlung zu äussern. Ferner wurde der Gläubigerin Frist zur Einreichung einer Beschwerdeantwort angesetzt unter der Androhung, bei Säumnis werde das Verfahren ohne Antwort weiter geführt (act. 9). Dem Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde mit Verfügung vom 21. Dezember 2016 entsprochen (act. 12). Die Vorinstanz liess sich innert Frist vernehmen (act. 14-15). Die Gläubigerin reichte innert Frist keine Beschwerdeantwort ein (act. 9 i.V.m. act. 17/2).

2. a) Der Schuldner brachte u.a. in seiner Beschwerde vor, am 11. November 2016 habe das Bezirksgericht Zürich die Parteien zur Verhandlung auf den 14. Dezember 2016 um 10:00 Uhr vorgeladen. Am 14. Dezember 2016, kurz vor 10:00 Uhr sei er am Schalter des Bezirksgerichts Zürich an der Wengistrasse 30 erschienen und habe der Gerichtsmitarbeiterin seine Vorladung für die Verhandlung vorgelegt. Anstatt ihn zum Richter zu führen, habe sie eine Quittung als Beleg für die geleistete Zahlung verlangt. Er habe ihr mitgeteilt, er habe zwar seine Unterlagen für die Verhandlung mitgebracht, nicht aber eine Quittung. Die Gerichtsmitarbeiterin habe darauf beharrt, dass er eine Quittung vorlegen müsse und habe ihn nicht zum zuständigen Richter vorgelassen. Da er keine Quittung habe vorweisen können, habe er das Gerichtsgebäude ziemlich entnervt wieder verlassen. Mit der Weigerung, ihn

zum Richter vorzulassen, habe die Vorinstanz seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Werde jemand von einem Gericht zu einer Verhandlung vorgeladen, habe er einen Anspruch auf Anhörung durch den Richter und brauche sich nicht von einer Gerichtsmitarbeiterin abspesen zu lassen, Massengeschäfte – wie es Konkursöffnungen seien – hin oder her. Das Urteil vom 14. Dezember 2016 und somit die Konkursöffnung sei bereits aus diesem Grund aufzuheben (act. 2 S. 3-4).

b) Die Vorinstanz erklärte die Schilderung des Schuldners als unzutreffend. Der Konkursrichter führte aus, wie ihm die den Beschwerdeführer am Schalter behandelnde Mitarbeiterin, C._____, schilderte, habe dieser nie die Anhörung durch den Richter verlangt. Einem solchen Verlangen – dazu sei die Kanzlei strikte angewiesen – werde immer stattgegeben. Im Übrigen seien die Äusserungen des Beschwerdeführers am Schalter äusserst widersprüchlich gewesen und so auffällig, dass auch die weiteren anwesenden Mitarbeiterinnen aufmerksam geworden seien, das oben Wiedergegebene bestätigten und den Beschwerdeführer übereinstimmend als verwirrt bezeichneten. Einmal habe er erklärt, bezahlt zu haben und dann wieder, er werde nicht bezahlen (act. 14).

In einer am 21. Dezember 2016 erstellten Aktennotiz führte die Mitarbeiterin, C._____ aus, Herr A._____ sei am 14. Dezember 2016 am Schalter des Konkursgerichtes mit der Vorladung erschienen. Sie habe ihn gefragt, ob er ihnen Belege über die Tilgung der Forderung aus der Betreuung Nr. ... vorweisen könne, was er verneint habe, da er die Schuld nicht bezahlen werde. Daraufhin habe sie ihm erklärt, dass heute der Konkurs über ihn eröffnet werde, da der Kostenvorschuss seitens der Gläubigerin einbezahlt worden sei. Herr A._____ sei damit nicht einverstanden gewesen und habe anschliessend behauptet, er habe doch bezahlt und habe ihr einen Beleg vorgewiesen. Es habe sich herausgestellt, dass dies kein Zahlungsbeleg gewesen sei. Er habe ihr einen verwirrten Eindruck gemacht, da er immer wieder seine Meinung geändert (bezahlt/nicht bezahlt) habe. Schlussendlich habe er ihr mitgeteilt, dass er mit seinem Anwalt Beschwerde gegen die Kon-

kurseröffnung einreichen werde. Zu keinem Zeitpunkt habe Herr A._____ eine Anhörung durch den Richter verlangt. Dies könnten ihre Arbeitskollegen ebenfalls bestätigen, da sie das Schaltergespräch mitgehört hätten (act. 15).

3. a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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.

b) Vorgängig ist allerdings zu prüfen, ob die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Schuldners verletzt hat. Dieser Anspruch ergibt sich für das Zivilverfahren aus Art. 53 Abs. 1 ZPO und verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt (BGE 134 I 83 Erw. 4.1 S. 88 mit Hinweisen). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs führt wegen dessen formeller Natur ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 135 I 187 Erw. 2.2. S. 190; BGE 137 I 195 Erw. 2.2. S. 197; BGer 5A_1026/2015 vom 8. März 2016 Erw. 3).

4. a) Nach Eingang des Konkursbegehrens der B._____ AG wurde den Parteien mit Schreiben vom 11. November 2016 angezeigt, dass die Verhandlung über das Begehren am Mittwoch, 14. Dezember 2016, 10:00 Uhr an der Wengistrasse 30, 8004 Zürich, 1. Stock, Büro ... stattfindet (act. 8/5/1-2). Unbestritten ist, dass der Schuldner zum angezeigten Termin erschienen ist – was sich jedoch nicht dem vorinstanzlichen Entscheid, sondern lediglich dem Einbanddeckel der vorinstanzlichen Akten und der Vernehmlassung der Vorinstanz entnehmen lässt – und es zu keiner Begegnung mit dem Konkursrichter bzw. zu keiner unmittelbaren "Konkursöffnungsverhandlung" im Sinne der Vorladung gekommen ist. Der Schuldner wurde von einer Mitarbeiterin des Gerichtes empfangen, der er auf deren Verlangen keine Quittung über die Zahlung der Betreibungsforderung vorlegen konnte und die ihm erklärte, dass wegen fehlender Tilgungsbelege der Konkurs eröffnet

werde. Nachdem der Schuldner das Gericht wieder verlassen hatte, erging das Konkursdekret als Aktenentscheid.

b) Den Parteien steht es frei, für die Konkursverhandlung vor Gericht zu erscheinen (Art. 168 SchKG). Das Gericht entscheidet auch in Abwesenheit der Parteien (Art. 171 SchKG). Dies stellt eine Ausnahme von Art. 234 Abs. 2 ZPO dar, wonach bei Säumnis beider Parteien an der Hauptverhandlung das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird. Die Parteien haben als Folge ihres Gehörsanspruchs das Recht, sich gegenüber dem Richter mündlich zur Sache zu äussern (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Auflage, Art. 171 N 1). Sie können zwar ausdrücklich auf die Teilnahme an der Konkursverhandlung verzichten. Ein Verzicht darf aber nicht leichthin angenommen werden, zumal wenn die Parteien durch keinen Anwalt vertreten sind. Die Prüfung von konkurshindernden Tatsachen/Einreden hat von Amtes wegen zu erfolgen. Da dies mit rechtserheblichen und einschneidenden Folgen für einen Schuldner verbunden ist, obliegt diese Prüfung dem Konkursrichter selbst und nicht einer Kanzleiangestellten. Es geht daher nicht an, dass eine Kanzleiangestellte, wie vorliegend, den erschienenen Schuldner fragt, ob er Belege für die Zahlung der Forderung dabei habe und ihn bei Verneinung der Frage nicht zum Richter vorlässt. Auch wenn der Schuldner nicht ausdrücklich die Anhörung durch den Richter verlangt haben sollte, hatte er ein Recht, dass ihn dieser anhört. Das Obergericht hat bereits in einem früheren Entscheid ausgeführt, vorgeladene Prozessparteien, die zum anberaumten Termin erschienen, hätten – auch ohne expliziten Wunsch – Anspruch auf Anhörung durch den Richter selbst und nicht nur durch dessen Kanzleiangestellte im Rahmen von formellen Abklärungen. Dies entspreche dem Recht auf rechtliches Gehör. Ein Aktenentscheid habe nur dann zu ergehen, wenn der Schuldner zur festgesetzten Verhandlung nicht erscheine oder auf deren Durchführung verzichtet habe (Beschluss des Obergerichtes, II. Zivilkammer, vom 22. Juni 2001 publiziert in ZR 101 (2002) 68-69). Indem der Konkursrichter den Konkurs eröffnet hat, ohne den zur Verhandlung erschienenen Schuldner anzuhören, wurde dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Der vorinstanzliche Entscheid ist deshalb, ohne Prüfung der

Frage, ob der Beschwerdeführer dem Richter taugliche Einwendungen hätte vortragen können, aufzuheben (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Auflage, Art. 171 N 2).

5. a) An sich wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin zu entscheiden. Darauf kann vorliegend, wie unter lit. b nachstehend aufzuzeigen ist, verzichtet werden.

b) Der Schuldner hinterlegte innert der Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse Fr. 5'000.– (act. 11). Darin enthalten sind Fr. 750.– für die Obergerichtskasse, Fr. 1'800.– für das erstinstanzliche Verfahren und Fr. 2'174.10 für die Forderung der Gläubigerin gemäss Konkursbegehren, nämlich Fr. 1'877.50 Grundforderung zuzügl. Fr. 146.60 Betreuungskosten und Fr. 150.– Verwaltungskosten (vgl. act. 2 S. 4 i.V.m. act. 3 und act. 8/1), was einer Summe von Fr. 4'724.10 entspricht. Ferner hat der Schuldner die Kosten des Konkursamtes inkl. Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens beim Konkursamt (act. 5/7) sichergestellt. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens, Fr. 400.– wurden somit einmal bei der Obergerichtskasse hinterlegt und einmal beim Konkursamt sichergestellt. Es besteht nunmehr der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 172 Ziffer 3 SchKG, und es ist so zu verfahren, wie wenn der Schuldner die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Schuld bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters getilgt hätte. Eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz kann deshalb unterbleiben. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zu prüfen. Die Beschwerde ist gutzuheissen.

6. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist dem Schuldner aufzuerlegen, weil sein Zahlungssäumnis überhaupt das Konkursöffnungsverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Gläubigerin zu Recht gestellt wurde. Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten des Schuldners oder der Gläubigerin veranlasst wurde und sich letztere nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert hat, sind die zweitinstanzlichen

stanzlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die beim Konkursamt Oerlikon-Zürich entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Da eine Partei nur in dem Verhältnis entschädigungspflichtig wird, in welchem ihr Kosten auferlegt werden können (Art. 106 ZPO), kann die Gläubigerin nicht zur Zahlung einer Prozessentschädigung verpflichtet werden. Aufgrund eines qualifizierten Verfahrensfehlers der Vorinstanz ist dem anwaltlich vertretenen Schuldner aus der Gerichtskasse eine Entschädigung zuzusprechen (vgl. dazu OG ZH PQ140082 vom 16.01.2015 Erw. III.2; BGE 139 III 471). In Anwendung von § 4, § 9 und § 12 Abs. 3 AnwGebV ist die Entschädigung auf Fr. 400.– zuzügl. 8% MWSt festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Dezember 2016, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird dem Schuldner auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes werden auf die Staatskasse genommen.
4. Dem Schuldner wird eine Parteientschädigung von Fr. 432.– (Mehrwertsteuer eingeschlossen) aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von den hinterlegten Fr. 5'000.-- der Gläubigerin Fr. 3'974.10 zu überweisen (Fr. 1'800.– geleisteter Kostenvorschuss für das Konkursverfahren, Fr. 2'174.10 für betriebene Forderung nebst Kosten) und den Restbetrag dem Schuldner zurück zu erstatten.
6. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird unter Hinweis, dass der Schuldner die vorinstanzlichen Kosten bereits anderweitig geleistet hat, angewiesen, den

bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.— (Fr. 1'200.— Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.— Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) dem Schuldner auszuzahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: