

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200150-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Beschluss vom 15. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Konkurseröffnung / Aufnahme eines Güterverzeichnisses**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Horgen vom 19. Juni 2020 (EK200158)

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 15. Juni 2020 beantragte die Gläubigerin und Gesuchstellerin (nachfolgend Gläubigerin) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen (nachfolgend Vorinstanz), es sei die Aufnahme eines Verzeichnisses aller Vermögensbestandteile des Schuldners und Gesuchsgegners (nachfolgend Schuldner) mit den Wirkungen nach Art. 164 SchKG anzuordnen und das Betreibungsamt Sihltal mit der Aufnahme des entsprechenden Güterverzeichnisses zu beauftragen; ausserdem beantragte die Gläubigerin, dass das entsprechende Güterverzeichnis superprovisorisch anzuordnen sei (vgl. act. 6/14 S. 2).

2. Am 19. Juni 2020 erliess die Vorinstanz ohne Anhörung der Gegenpartei folgenden Entscheid (act. 3 [=act. 6/17]):

1. Das Begehren um superprovisorische Aufnahme eines Güterverzeichnisses über die Vermögenswerte des Schuldners wird gutgeheissen.
2. Das Konkursamt Thalwil wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Dem Schuldner wird eine Frist von **10 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um zum Rechtsbegehren der Gläubigerin um Aufnahme eines Güterverzeichnisses schriftlich im Doppel Stellung zu nehmen. In seiner Stellungnahme hat sich der Schuldner zum Rechtsbegehren und zu allen tatsächlichen Behauptungen der Gläubigerin im Einzelnen zu äussern. Die Beweismittel sind mit der Stellungnahme einzureichen oder, wenn dies nicht möglich ist, darin zu bezeichnen. Urkunden sind mit einem Verzeichnis in zweifacher Ausfertigung beizulegen. Bei Säumnis wird aufgrund der Akten entschieden.
4. Der Gläubigerin wird eine Frist von **10 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um bei der Bezirksgerichtskasse Horgen (80-5645-8) einen Kostenvorschuss von einstweilen Fr. 2'000.00 zu leisten. Die Frist ist eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten des Gerichts der Schweizerischen Post übergeben o-

der einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist. Bei Säumnis haftet die Gläubigerin für die bereits entstandenen Kosten.

5. [Schriftliche Mitteilung]
6. Eine Beschwerde gegen diese Verfügung kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

3. Mit Eingabe vom 8. Juli 2020 erhob der Schuldner gegen diesen Entscheid rechtzeitig (vgl. act. 6/18/2) Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen (Konkursgericht) ist vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Einsprache sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer zulasten der Gegenpartei."

4. Der Schuldner bezeichnet seine Eingabe teilweise als Einsprache (vgl. act. 2). Dies würde ihm allerdings nicht zum Nachteil gereichen, da ein unrichtig bezeichnetes Rechtsmittel nach der Praxis der Kammer ohne Weiteres mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt würde (OGer ZH NQ110026 Erw. 2.2 vom 23. Juni 2011). Das vom Schuldner erhobene Rechtsmittel erweist sich allerdings – wie nachfolgend noch zu begründen sein wird – von vornherein als unzulässig, weshalb offen gelassen werden kann, wie das Rechtsmittel richtig zu bezeichnen gewesen wäre. Auf die Einholung einer Antwort der Gegenpartei kann aus demselben Grund verzichtet werden. Ausserdem wird der Antrag des Schuldners um Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit dem vorliegenden Endentscheid obsolet.

II.

1. Gemäss Art. 162 SchKG hat das für die Eröffnung des Konkurses zuständige Gericht (Konkursgericht) auf Verlangen des Gläubigers, sofern es zu dessen Sicherung geboten erscheint, die Aufnahme eines Verzeichnisses aller Vermögensbestandteile des Schuldners (Güterverzeichnis) anzuordnen. Nach Aufnahme des entsprechenden Verzeichnisses ist der Schuldner gemäss Art. 164 SchKG bei Straffolge (Art. 169 StGB) verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die aufgezeichneten Vermögensstücke erhalten bleiben oder durch gleichwertige ersetzt werden; er darf jedoch davon so viel verbrauchen, als nach dem Ermessen des Betreibungsbeamten zu seinem und seiner Familie Lebensunterhalt erforderlich ist.

2.1 Im Gesetz wird nicht festgelegt, nach welchen Regeln ein Güterverzeichnis anzuordnen ist (vgl. Art. 162 ff. SchKG), wobei insbesondere nicht ausdrücklich geregelt wird, ob der Schuldner vorgängig anzuhören ist. In der Literatur wird mehrheitlich die Meinung vertreten, dass zumindest in Fällen ausgesprochener Dringlichkeit von der Einholung einer Vernehmlassung des Schuldners abgesehen werden kann, wobei dem Schuldner diesfalls nachträglich das rechtliche Gehör zu gewähren sei (vgl. dazu etwa KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 162 SchKG N 6; BSK SchKG II-OTTOMANN/MARKUS, 2. Aufl. 2010, Art. 162 N 16 je mit weiteren Hinweisen).

2.2 Die Vorinstanz hat das Güterverzeichnis ohne vorherige Anhörung des Schuldners – mithin superprovisorisch – angeordnet und ihm in derselben Verfügung Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 3). Der Schuldner stellt sich einerseits auf den Standpunkt, dass der Erlass einer superprovisorischen Verfügung aufgrund seiner bisherigen Kooperation unverhältnismässig sei (act. 2 S. 2, Rz. 1.1.-3). Andererseits trägt er vor, weshalb der Antrag der Gläubigerin auf Anordnung eines Güterverzeichnisses abzuweisen sei (act. 2 S. 2 f., Rz. 1.4 ff.).

2.3 Auf eine superprovisorische Anordnung folgt nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen (vgl. Art. 265 ZPO) die Anhörung der betroffenen Partei und ein neu-

er (vorsorglicher) Entscheid, welcher die Massnahme bestätigt, ändert oder aufhebt und damit ersetzt. Erst gegen diesen vorsorglichen Entscheid ist ein Rechtsmittel gegeben, nicht jedoch gegen die vorgängige superprovisorische Anordnung (BGE 137 III 417, E. 1.2.f.; BGE 139 III 86 E. 1.1.1; BGE 139 III 516 E. 1.1). Dies gilt auch im Rahmen des SchKG, wenn eine Sicherungsmassnahme zulässig ist, aber Regeln zu ihrer Anordnung fehlen (vgl. OGer ZH, PS150045 vom 24. August 2015, E. 2b f.; OGer ZH, PS140258 vom 5. Dezember 2014, E.2.2). Erfolgen Sicherungsmassnahmen, wie die vorliegende, deshalb ohne vorgängige Anhörung des Betroffenen, kann sich dieser nicht mit einem Rechtsmittel über eine derartige Anordnung beschweren. Vielmehr steht es ihm offen, zunächst im vorinstanzlichen Verfahren hierzu Stellung zu nehmen. Erst gegen den daraufhin ergehenden vorsorglichen Entscheid der Vorinstanz steht ihm ein Rechtsmittel offen. Aus diesem Grund ist auf das gegen den superprovisorischen Entscheid der Vorinstanz erhobene Rechtsmittel des Schuldners nicht einzutreten.

3. Anzufügen ist, dass die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz zumindest missverständlich war, weil sie die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde nicht ausdrücklich auf die Einholung des Vorschusses (Disp.-Ziffer 4 ihres Entscheides) beschränkt hat. Aus diesem Grund ist nicht auszuschliessen, dass der Schuldner gemäss Ziffer 6 des vorinstanzlichen Entscheides gegen die superprovisorische Anordnung eines Güterverzeichnisses Beschwerde erhoben hat, anstatt gemäss Ziffer 3 bei der Vorinstanz eine Stellungnahme einzureichen. Dies gilt umso mehr, als die beim Obergericht gemachte Eingabe des Schuldners inhaltlich eine Stellungnahme zum Gesuch um Anordnung eines Güterverzeichnisses darstellt und nach Auskunft der Vorinstanz (vgl. act. 7) bei dieser innert Frist keine entsprechende Stellungnahme des Schuldners eingegangen ist. Aus diesem Grund ist die bei der Kammer eingegangene Eingabe des Schuldners der Vorinstanz zur Entgegennahme als Stellungnahme im Sinne von Ziffer 3 ihres Entscheides zu überweisen.

III.

Aufgrund der missverständlichen Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz (vgl. vorstehend Ziff. II.3) sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Parteientschädigungen sind ebenfalls keine zuzusprechen, dem Schuldner nicht, weil er im Ergebnis unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil ihr im vorliegenden Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Original der Eingabe des Beschwerdeführers vom 8. Juli 2020 wird der Vorinstanz zur Entgegennahme als Stellungnahme im Sinne von Dispositiv-Ziffer 3 ihres Entscheides überwiesen.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz unter Beilage des Originals von act. 2, je gegen Empfangsschein.
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 eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: