

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS240175-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw I. Bernheim

## Urteil vom 25. November 2024

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes  
Zürich vom 28. August 2024 (EK241317)**

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Mit Eingabe vom 3. Juli 2024 (Datum Poststempel) gelangte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) und machte geltend, der bei ihr versicherte Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) sei unbekanntes Aufenthalts und es sei über ihn gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG für Forderungen von gesamthaft Fr. 13'356.30 der Konkurs ohne vorgängige Betreuung zu eröffnen (act. 1). Mit Urteil vom 28. August 2024 hiess die Vorinstanz das Begehren gut und eröffnete den Konkurs über den Beschwerdeführer (act. 9 = act. 19 = act. 7 [Aktensexemplar]).

1.2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 10. September 2024 (Datum Eingang, persönlich überbracht) rechtzeitig (act. 8/23) Beschwerde und ersuchte um Aufhebung des Konkurses sowie Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 4 = act. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1–23). Mit Verfügung vom 13. September 2024 wurde der Beschwerde einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Nachdem der Beschwerdeführer den Vorschuss innert Frist nicht geleistet hatte, wurde ihm mit Verfügung vom 9. Oktober 2024 Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt (act. 12), welcher innert Nachfrist eingegangen ist (act. 14). Mit Verfügung vom 23. Oktober 2024 wurde der Beschwerde des Beschwerdeführers nunmehr die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Beschwerdegegnerin die von der Kammer bei der Stadt C. \_\_\_\_\_ eingeholte Adressauskunft zur Adresse des Beschwerdeführers vom 21. Oktober 2024 zur Kenntnis gebracht (act. 15) sowie die Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 16). Die Beschwerdegegnerin liess sich innert Frist nicht vernehmen. Demgegenüber ergänzte der Beschwerdeführer seine Ausführungen mit Eingabe vom 4. November 2024 unaufgefordert (act. 18 und act. 19/1–3). Mit Schreiben vom 18. November 2024 wurde die ergänzende Eingabe des Beschwerdeführers der Beschwerdegegnerin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs

zugestellt (act. 20). Mit Eingabe vom 21. November 2024 (Datum Eingang) teilte die Beschwerdegegnerin der Kammer unter Bezugnahme auf die Verfügung vom 23. Oktober 2024 mit, dass Sie ihr Konkursbegehren vom 3. Juli 2024 zurückziehe (act. 21).

2.

2.1. Eine Gläubigerin kann ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkurseröffnung über einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner verlangen, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgte Konkurseröffnung sind Art. 169, Art. 170 und Art. 173a-176 des SchKG anwendbar (Art. 194 SchKG). Wie sich aus dem Verweis in Art. 194 SchKG ergibt, kann der Entscheid betreffend Konkurseröffnung gestützt auf Art. 174 SchKG, wie bei einer ordentlichen Konkurseröffnung, mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO weitergezogen werden.

2.2. Zieht die Gläubigerin während laufendem Beschwerdeverfahren das Gesuch um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung zurück, liegt ein Verzicht auf die Durchführung des Konkurses i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziffer 3 SchKG vor (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 194 N 8c). Da Art. 194 SchKG den Absatz 2 von Art. 174 SchKG gesamthaft und ohne Einschränkung für anwendbar erklärt, stellt sich die Frage, ob trotz des Rückzugs des Konkursbegehrens der Schuldner noch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen muss. Dies ist auf Grund des zivilprozessähnlichen Charakters des Konkurseröffnungsverfahrens ohne vorgängige Betreuung zu verneinen. Das Konkursgericht hat bei diesen Verfahren ausschliesslich materielle Fragen analog dem Zivilprozess zu prüfen und die Gläubigerin hat die entsprechenden Beweise zu erbringen. Deshalb soll ihr auch die Dispositionsbefugnis über das Verfahren zukommen und ein Rückzug des Konkursbegehrens ist bis zur Rechtskraft des Konkurserkenntnisses – das heisst auch noch im Rechtsmittelverfahren – ohne weitere Voraussetzungen und Nachweise des Schuldners zuzulassen (vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 194 N 8c; OGer ZH PS200120 vom 25. Juni 2020 E. 3.2; OGer ZH PS210149 vom 7. September 2021 E. 3.2.2.).

3.3. Mit Schreiben vom 21. November 2024 hat die Beschwerdegegnerin ihr Konkursbegehren zurückgezogen und auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Folglich ist der Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts (Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachgewiesen. Dies führt gemäss obigen Ausführungen ohne Weiteres zur vom Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde angestrebten Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils vom 28. August 2024, mit welchem über ihn der Konkurs eröffnet wurde, und insofern zur Gutheissung der Beschwerde.

3.

3.1. Nach der Praxis der Kammer wird der Gläubigerverzicht gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG im Hinblick auf die Kosten grundsätzlich analog dem Klagerückzug behandelt und die Verfahrenskosten werden der zurückziehenden Gläubigerin auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. OGer ZH PS210149 vom 7. September 2021 E. 4.2.1. mit Verweis auf OGer ZH PS150209 vom 15. Dezember 2015 E. 6.2.). Es sind denn auch keine Gründe ersichtlich, aufgrund derer sich vorliegend ein Abweichen von dieser Kostenregelung aufdrängen würde. Nach einer summarischen Prüfung der Sachlage ist davon auszugehen, dass die Beschwerde auch bei inhaltlicher Prüfung hinsichtlich des (Nicht-)Vorliegens des materiellen Konkursgrundes erfolgreich gewesen wäre, nämlich dass der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers objektiv nicht unbekannt gewesen ist und die Beschwerdegegnerin die ihr zumutbaren Möglichkeiten zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschwerdeführers nicht ausgeschöpft hatte.

3.2. Nach dem Gesagten hat die Beschwerdegegnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Diese sind in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG auf Fr. 500.– festzusetzen. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe an den Beschwerdeführer ist aufzuheben und die Entscheidgebühr von Fr. 500.– der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Kosten des Konkursamtes werden ebenfalls der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.3. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Beschwerdegegnerin nicht zufolge Unterliegens und dem Beschwerdeführer nicht, weil er nicht darge-

tan hat, dass die Voraussetzungen für eine Umtriebsentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO erfüllt sind.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 28. August 2024, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt, der Beschwerdegegnerin auferlegt und vom von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.

Ebenso werden die Kosten des Konkursamts der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, vom Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich geleisteten Barvorschusses den nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag der Beschwerdegegnerin auszuzahlen bzw. ihr einen Mehrbetrag in Rechnung zu stellen.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt, der Beschwerdegegnerin auferlegt und aus dem vom Beschwerdeführer geleisteten Vorschuss bezogen.

Der Rest des Vorschusses ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer Fr. 500.– zu ersetzen.

5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage einer Kopie von act. 21, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – und das

Konkursamt Höngg-Zürich, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 10, je gegen Empfangsschein.

7. 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:

MLaw I. Bernheim

versandt am:  
25. November 2024