Kassationsgericht des Kantons Zürich

Kass.-Nr. AA050097/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 14. November 2005

in Sachen

X.,

Gläubigerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

Z.,

Schuldnerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Juni 2005 (NN050060/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Formular vom 17.8.2004 drohte das Betreibungsamt Zürich 4 der Beschwerdegegnerin den Konkurs an. In diesem Formular aufgeführt waren eine Forderung von Fr. 15'500.-- nebst Zins zu 8.5 % seit 31.1.2001, Fr. 112.80 Verzugszinsen sowie Fr. 100.-- bisherige Kosten (Zahlungsbefehl & Konkursandrohung) (OG act. 3/2). Mit Eingabe vom 4. Februar 2005 beantragte die Beschwerdeführerin beim Konkursrichteramt des Bezirkes Zürich die Konkurseröffnung über die Beschwerdegegnerin (OG act. 3/8). Das Konkursrichteramt Zürich lud die Parteien am 15. Februar 2004 zur Verhandlung betreffend Konkurseröffnung auf den 12. April 2005 vor (OG act. 3/3). Gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 11.4.2005 bezahlte die Beschwerdegegnerin an diesem Tag sämtliche in der Konkursandrohung aufgeführten Beträge zuzüglich Inkasso-Kosten (OG act. 3/4). Darauf wies der Konkursrichter mit Verfügung vom 12. April 2005 das Konkursbegehren ab, da die in Betreibung gesetzte Forderung samt Zins und Kosten bezahlt worden sei. Der Konkursrichter setzte die Spruchgebühr auf Fr. 200.-- fest, auferlegte diese Kosten der Beschwerdegegnerin und stellte fest, dass sie bereits bezahlt sind (OG act. 2).

2. Gegen diese Verfügung des Konkursrichters vom 12. April 2005 reichte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz einen Rekurs ein. Mit diesem machte sie u.a. geltend, am 12. April 2005 sei ein Vertreter ihrerseits bei der Erstinstanz zur Konkursverhandlung erschienen und habe an dieser teilnehmen wollen. Es sei ihm aber seitens des Gerichts erklärt worden, dass die Verhandlung nicht stattfinde, weil die Schuld bezahlt sei (OG act. 1 S. 3). Sie habe beim Konkursrichter mit Schreiben vom gleichen Tag geltend gemacht, dass nicht alle Kosten durch die Beschwerdegegnerin getilgt worden seien. Die Rechtsöffnungskosten und die Parteientschädigung (des Rechtsöffnungsverfahrens) von je Fr. 250.-- seien nicht bezahlt worden (OG act. 1 S. 4). Zudem seien die der Beschwerdeführerin für das Konkursbegehren und die Anreise zur Konkursverhandlung entstan-

denen Kosten von insgesamt Fr. 800.-- nicht bezahlt worden (OG act. 1 S. 5). Deshalb sei das Konkursbegehren zu Unrecht abgewiesen worden (OG act. 1 S. 6).

3. Mit Beschluss vom 15. Juni 2005 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab (KG act. 2). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin innert der 30-tägigen Beschwerdefrist am 15. Juli 2005 eine Nichtigkeitsbeschwerde. Mit dieser beantragt sie in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (KG act. 1). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 500.-- leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (KG act. 7, 8/1, 10). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Die Beschwerdegegnerin reichte innert Frist keine Beschwerdeantwort ein.

II.

1. Die Beschwerdeführerin rügt, ihr Gehörsanspruch sei verletzt worden. Am Verhandlungstag vom 12. April 2005 vor Erstinstanz habe sie sich zur behaupteten Zahlung (gemeint: der Schuld, Zinsen und Kosten im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG) durch die Beschwerdegegnerin nicht äussern können, weil die Verhandlung mündlich am angesetzten Zeitpunkt abgesagt worden sei. Auch habe ihr Schreiben vom gleichen Tag keine Beachtung gefunden (Beschwerde KG act. 1 S. 8 Ziff. 7).

2. Diese Rüge ist berechtigt:

a) Die Sachdarstellung der Beschwerdeführerin ist im Wesentlichen unbestritten. In den erstinstanzlichen Akten ist kein Protokoll vorhanden, wonach die Verhandlung vom 12. April 2005 durchgeführt worden wäre. In der erstinstanzlichen Verfügung vom 12. April 2005 wird weder eine Verhandlung noch ein Antrag noch eine Stellungnahme der Beschwerdeführerin erwähnt. Offenkundig wies der Konkursrichter das Konkursbegehren nach der Mitteilung der Zahlung der Beschwerdegegnerin gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 11.4.2005 (BG act. 6) ohne Durchführung einer Verhandlung und ohne Gelegenheit der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme ab (BG act. 7).

b) Ist das Konkursbegehren gestellt, so wird den Parteien wenigstens drei Tage vorher die gerichtliche Verhandlung angezeigt. Es steht den Parteien frei, vor Gericht zu erscheinen (Art. 168 SchKG).

Die Parteien sind vom Konkursrichter in allen Fällen vorzuladen, auch wenn dem Gericht das Konkursbegehren zum vornherein, z. B. weil verspätet gestellt, als unstatthaft erscheint. Ist gar keine Vorladung erfolgt, so ist das Konkurserkenntnis von den kantonalen Oberinstanzen, auch wegen formaler Rechtsverweigerung, zu kassieren. Ein Verfahren, in welchem den Parteien nicht Gelegenheit gegeben wurde, die ihnen zustehenden Parteivorträge zu halten, ist in so hohem Masse unvollständig, dass eine Heilung des Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (ZR 94 [1995] Nr. 58 mit Verweisungen auf Jäger, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N 3 zu Art. 168, sowie auf ZR 74 Nr. 2, 77 Nr. 138, 73 Nr. 16). Werden Ort, Tag und Stunde der Verhandlung nicht auch dem Gläubiger angezeigt, so leidet das Konkursdekret am Nichtigkeitsgrund der nicht gehörigen Vorladung. Der nicht vorgeladene Gläubiger ist auch dann beschwert und zum Rekurs legitimiert, wenn zwar gemäss seinem Antrag entschieden wurde, er aber durch den Mangel daran gehindert wurde, seinen Antrag noch vor der Gerichtsentscheidung zu modifizieren (ZR 74 [1995] Nr. 2). Dem Entscheid über das Konkursbegehren hat eine Verhandlung voranzugehen (Roger Giroud, in: Staehelin Bauer Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, SchKG II, N 3 zu Art. 171, mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 52 zu § 213, sowie ZR 83 [1984] Nr. 46).

c) Vorliegend wurde zwar durchaus korrekt auch die Beschwerdeführerin als Gläubigerin zur Konkursverhandlung vom 12. April 2005 vorgeladen. Hingegen fand diese trotz eines angereisten Vertreters der Beschwerdeführerin nicht statt. Der Konkursrichter entschied über das Konkursbegehren der Beschwerdeführerin, ohne dieser Gelegenheit zu geben, zur Behauptung der Beschwerdegegnerin, Schuld, Zinsen und sämtliche Kosten bezahlt zu haben, Stellung zu nehmen und einen Antrag zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen des Kon-

kurseröffnungsverfahrens - insbesondere ihres Zeitaufwandes zur Teilnahme an der Konkursverhandlung - zu stellen. Damit wurde der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin in gleicher Weise verletzt, wie wenn sie überhaupt nicht zur Konkursverhandlung vorgeladen worden wäre. Daran ändert nichts, dass der Schuldner eine behauptete Tilgung der Schuld im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG erfolgreich nur mittels Urkundenbeweises geltend machen kann und dass der Konkursrichter diesen Beweis von Amtes wegen prüfen muss. Gleichwohl ist dem Gläubiger Gelegenheit zu geben, zum Urkundenbeweis des Schuldners Stellung zu nehmen. Daran ändert auch nichts, dass die Gläubigerin im Zusammenhang mit der Konkursverhandlung entstandene Reisekosten oder eine Entschädigung für das Abfassen des Konkursbegehrens nach Auffassung der Vorinstanz gegebenenfalls in einer neuen Betreibung geltend machen muss (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 3 oben). Abgesehen davon, dass gute Gründe dafür sprechen - worüber aber nicht an dieser Stelle zu entscheiden ist -, dass auch solche Kosten (wie die Gerichtskosten bzw. die Spruchgebühr des Konkurseröffnungsverfahrens) zu den zu tilgenden Kosten im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG gehören, ist über entsprechende Entschädigungsbegehren einer Partei im Konkurseröffnungsverfahren selber zu entscheiden (vgl. BGE 113 III 110, Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG, Giroud, a.a.O., N 10 zu Art. 172). Damit ist der Partei mindestens Gelegenheit zur Stellung solcher Begehren und zu deren Begründung zu geben. Wird einer Partei, wie vorliegend der Beschwerdeführerin, diese Möglichkeit
abgeschnitten, bedeutet dies eine Gehörsverletzung.

3. Der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin wurde von der Erstinstanz und nicht im vorinstanzlichen Verfahren verletzt. Grundsätzlich muss der Nichtigkeitsgrund in derjenigen Instanz gesetzt worden sein, die den angefochtenen Entscheid erlassen hat. Hat die Berufungs- oder Rekursinstanz einen Fehler der ersten Instanz dagegen nicht korrigiert, so ist der Rechtsmittelentscheid selber mit diesem Mangel behaftet. Dies kann auch dann zutreffen, wenn der Rechtsmittelkläger diesen Mangel nicht ausdrücklich geltend gemacht hat, das Obergericht ihn aber wegen der Überprüfungspflicht im Rahmen der Rechts-

mittelanträge von sich aus hätte beheben sollen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 12 zu § 281).

Zwar machte die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Rekursverfahren nicht explizit eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs durch den erstinstanzlichen Konkursrichter geltend. Sie wies aber bereits in ihrem Rekurs an die Vorinstanz darauf hin, dass ein Vertreter ihrerseits zur Konkursverhandlung vom 12. April 2005 erschienen sei und daran habe teilnehmen wollen, dass ihm aber erklärt worden sei, es finde keine Verhandlung statt, dass der Beschwerdeführerin Reisekosten für die auf den 12. April 2005 angesetzte Verhandlung entstanden seien, wofür sie eine Entschädigung von Fr. 500.-- als angemessen erachte, und dass sie für die Erstellung des Konkurseröffnungsgesuchs mit Fr. 300.-- zu entschädigen sei. Diese Kosten seien durch die Beschwerdegegnerin nicht bezahlt worden, weshalb das Konkursbegehren nicht hätte abgewiesen werden dürfen (OG act. 1). Bei der Prüfung dieses Rekurses und der Rekursanträge hätte die Vorinstanz den vom erstinstanzlichen Konkursrichter begangenen Fehler feststellen und - durch Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides und Rückweisung der Sache an die Erstinstanz zur Durchführung eines korrekten Verfahrens und neuer Entscheidung - korrigieren müssen. Dies hat sie aber nicht getan. Insbesondere liegt darin, dass die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren vor Vorinstanz ihre Argumente vortragen konnte, keine Heilung des Mangels des erstinstanzlichen Verfahrens. Wie bereits dargelegt (vgl. Erw. II.2.b), ist ein Verfahren, in welchem den Parteien nicht Gelegenheit gegeben wurde, die ihnen zustehenden Parteivorträge zu halten, in so hohem Mass unvollständig, dass eine Heilung des Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (ZR 94 [1995] Nr. 58 S. 180 mit Verweisung auf ZR 77 Nr. 138 und ZR 73 Nr. 16); so auch im vorliegenden Fall. Da die Vorinstanz den Fehler des erstinstanzlichen Verfahrens nicht korrigierte, ist ihr Entscheid gemäss der zitierten Rechtsprechung selber mit diesem Mangel behaftet. Die Verletzung des Gehörsanspruchs ist ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Abs. 1 ZPO. Der darauf beruhende angefochtene Beschluss ist aufzuheben.

4. Die Beschwerdeführerin beantragt einen Entscheid des Kassationsgerichts in der Sache selbst (Beschwerde KG act. 1 S. 2 Ziff. 2). Dies könnte das Kassationsgericht indes nur, wenn die Sache spruchreif wäre (§ 291 ZPO). Das ist nicht der Fall. Erweist sich der Rekurs nicht sofort als unzulässig oder unbegründet, ist er der Gegenpartei zur Beantwortung zuzustellen (§ 277 ZPO). Die Vorinstanz setzte indes der Rekursgegnerin keine Frist zur Rekursantwort an (vgl. OG act. 4). Sie wird vorab dies nachzuholen haben. Die Sache ist zur Verbesserung des Mangels und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin nicht mehr zu prüfen.

III.

Praxisgemäss wird die Spruchgebühr (Art. 49 i.V. mit Art. 52 und Art. 61 GebT SchKG) der unterliegenden Partei auferlegt. Die Beschwerdeführerin obsiegt im Beschwerdeverfahren. Die Beschwerdegegnerin reichte indes keine Beschwerdeantwort ein und stellte keinen Antrag. Sie liess sich bereits im vorinstanzlichen Rekursverfahren nicht vernehmen. Unter diesen Umständen ist sie im Beschwerdeverfahren nicht als unterliegende Partei zu bezeichnen. Die Gerichtsgebühr ist deshalb keiner Partei aufzuerlegen, sondern auf die Gerichtskasse zu nehmen. Aus dem gleichen Grund ist keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Juni 2005 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.

4. Es werden keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Konkursrichter des Bezirkes Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: