

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230130-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakić

Urteil vom 15. August 2023

in Sachen

A._____, Dr. iur.,
Schuldner und Beschwerdeführer

gegen

B._____,
Gläubiger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec publ. X._____

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 30. Juni 2023 (EK230797)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 30. Juni 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung des Gläubigers von CHF 292'734.15, abzüglich einer Teilzahlung von CHF 80'000.–, sowie Betreuungskosten von CHF 203.30 (act. 3). Die Forderung stützt sich auf den Pfandausfallschein des Betreibungsamts Zürich 7 vom 7. März 2022 und die Konkursandrohung vom 22. März 2022. Das Konkursbegehren datiert vom 12. Mai 2023 (Datum Poststempel, act. 6/1).

1.2. Gegen das Urteil vom 30. Juni 2023 erhob der Schuldner mit Eingabe vom 14. Juli 2023 (Datum Poststempel) Beschwerde bei der Kammer. Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 18. Juli 2023 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen nicht zuerkannt und dem Schuldner Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von CHF 750.– zu leisten (act. 8). Der Schuldner hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens rechtzeitig sichergestellt (act. 9/1 und act. 12). Noch innerhalb der durch die Betreibungsferien verlängerten Beschwerdefrist ergänzte der Schuldner mit Eingabe vom 4. August 2023 (Datum Poststempel) seine Beschwerde (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-25). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Der Schuldner macht – wie bereits in seiner Beschwerde vom 14. Juli 2023 – auch in seiner Ergänzung vom 4. August 2023 keinen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) geltend. Er stellt sich nach wie vor auf den Standpunkt, ihm sei das rechtliche Gehör verweigert, er sei mangelhaft zur Konkursverhandlung vorgeladen und die Verwirkungsfrist gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG sei missachtet worden (act. 13 S. 2 f. ; vgl. bereits act. 2 S. 7 ff.).

3. Der Schuldner wirft der Vorinstanz eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs vor, indem diese ihm das Konkursbegehren und eine weitere Eingabe des

Gläubigers nicht zugestellt habe (vgl. act. 2 S. 8). Der Schuldner sieht konkret Art. 136 lit. c ZPO verletzt, der Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist.

3.1. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser ist formeller Natur und seine Verletzung führt daher ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist jedoch kein Selbstzweck. Ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf das Verfahren gehabt haben könnte, besteht kein Interesse an der Aufhebung des Entscheids (BGer 4A_148/2020 vom 20. Mai 2020 E. 3.2. mit weiteren Hinweisen; s. auch ausführlich BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.).

3.2. Entsprechend geht die Rüge des Schuldners fehl, wonach die geltend gemachte Gehörsverweigerung automatisch zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkursdekrets führt (act. 2 S. 9). Der Schuldner belässt es in seiner Beschwerde bei der Rüge einer Gehörsverletzung und legt nicht dar, inwiefern diese einen Einfluss auf das Ergebnis des Verfahrens gehabt haben könnte. Für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs müsste der Schuldner darlegen, welche entscheiderelevanten Vorbringen er geltend gemacht hätte, wenn ihm das Konkursbegehren und die Eingabe des Gläubigers im erstinstanzlichen Verfahren zugestellt worden wären. Da der Schuldner die erstinstanzlichen Akten am 10. Juli 2023 eingesehen hat (act. 6/23), wäre ihm dies auch möglich gewesen. Zudem ist festzuhalten, dass der Schuldner gemäss unangefochten gebliebener Erwägung der Vorinstanz am 14. Juni 2023 sowie am 23. [recte wohl 26., vgl. act. 3 E. 3 und VI Prot. S. 3] Juni 2023 persönlich beim Schalter der Vorinstanz erschienen war, ohne jedoch um Akteneinsicht zu ersuchen (vgl. act. 3 E. 6.3.). Mit anderen Worten hätte der Schuldner noch vor Erlass des Konkursdekrets Gelegenheit gehabt, Einsicht in die fraglichen Eingaben zu nehmen. Dass ihm auf entsprechendes Ersuchen die Akteneinsicht von der Vorinstanz verweigert worden wäre, macht der Schuldner nicht geltend.

4.1. Ferner rügt der Schuldner eine Verletzung von Art. 168 SchKG, indem die Vorinstanz zur Verhandlung vom 30. Juni 2023 nicht richtig vorgeladen habe. Er

bringt vor, die Vorinstanz habe die Verhandlung auf den 22. Juni 2023 angesetzt und auf sein Ersuchen auf den 29. Juni 2023 verschoben, was den Parteien ordnungsgemäss angezeigt worden sei. Am 29. Juni 2023 habe die Verhandlung allerdings dennoch nicht stattgefunden. Ohne dass dies den Parteien angezeigt worden wäre, habe die Vorinstanz am 29. Juni 2023 stillschweigend den Entscheid über die Konkurseröffnung ausgesetzt, die Konkursverhandlung stillschweigend auf den 30. Juni 2023, 9.00 Uhr, verschoben und den Konkurs ausgesprochen (act. 2 S. 6; vgl. auch act. 13 Rz. 2).

4.2. Mit Vorladung vom 22. Mai 2023 wurden die Parteien zur Konkursverhandlung auf den 22. Juni 2023 vorgeladen (act. 6/5). Dass die Vorinstanz diese Verhandlung auf den 29. Juni 2023 verschoben haben soll, lässt sich den vorinstanzlichen Akten nicht entnehmen. Der Schuldner möchte diese Behauptung mithilfe einer Kopie der Vorladung vom 22. Mai 2023 belegen, die mit einem handschriftlichen Vermerk "Frist bis 29.6.23 9.00" und einer Unterschrift versehen ist (act. 2 S. 6 mit Verweis auf act. 4/3). Dieser Vermerk findet sich nicht auf dem Aktenexemplar des an den Schuldner adressierten Vorladungsformulars (vgl. act. 6/5). Wie es sich damit verhält, kann aber letztlich offen bleiben, bezieht sich der handschriftliche Vermerk doch unmissverständlich auf eine Frist und nicht auf einen Verhandlungstermin. Aufgrund der Akten steht fest, dass die Vorinstanz die Parteien auf den 22. Juni 2023 vorlud (act. 6/4-8) und diese Ladung weder abgenommen noch die Verhandlung verschoben wurde. Vielmehr ergibt sich aus den Akten, dass der Schuldner anlässlich seiner Vorsprache bei der Vorinstanz am 14. Juni 2023 um eine Erstreckung der Zahlungsfrist bat (act. 3 E. 3 mit Verweis auf VI Prot. S. 2; s. auch act. 6/10), wobei damit die Zahlungsfrist gemäss Hinweis Ziffer 5 der Vorladung vom 22. Mai 2023 gemeint ist (act. 6/5 S. 2). Die Vorinstanz erstreckte dem Schuldner die Zahlungsfrist bis 29. Juni 2023 (VI Prot. S. 2), was sie dem Gläubiger gleichentags mitteilte (act. 6/10). Diese Fristerstreckung stellt jedoch keine Verschiebung der Konkursverhandlung dar (vgl. dahingehend auch den Hinweis an den Gläubiger seitens der Vorinstanz, act. 6/11). Entsprechend erweist sich die Behauptung des Schuldners, wonach den Parteien die Verschiebung der Verhandlung auf den 29. Juni 2023 ordnungsgemäss angezeigt worden sei, als aktenwidrig.

Art. 168 SchKG sieht vor, dass eine gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren angesetzt wird, wobei den Parteien das Erscheinen zur Verhandlung gemäss dem Wortlaut der genannten Bestimmung explizit freigestellt ist. Demgegenüber wird nach Art. 234 Abs. 2 ZPO auf eine Klage nicht eintreten, wenn beide Seiten der mündlichen Verhandlung fern bleiben. Die Vorinstanz wies die Parteien in der Vorladung zur Konkursverhandlung darauf hin, dass ihnen das Erscheinen zur Konkursverhandlung freigestellt sei und das Gericht nach Ablauf des Verhandlungstermins aufgrund der Akten entscheide (act. 6/5-6 S. 2). Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz anlässlich der Verhandlung vom 22. Juni 2023, zu welcher keine Partei erschienen ist, kein Protokoll führte. Der Schuldner stellt auch nicht in Abrede, dass er zur Konkursverhandlung auf den 22. Juni 2023 ordnungsgemäss vorgeladen wurde. Der Schuldner scheint davon auszugehen, dass die Erstreckung der Zahlungsfrist zu einer Verschiebung der Konkursverhandlung führte. Dies ist jedoch wie erwähnt nicht der Fall, auch seitens der Vorinstanz erging weder in der Vorladung zur Konkursverhandlung noch später ein entsprechender Hinweis. Die Vorinstanz entschied am 30. Juni 2023, mithin einen Tag nach Ablauf der Zahlungsfrist, über das Konkursbegehren. Entgegen der Auffassung des Schuldners kann aus dem Datum des Entscheids nicht abgeleitet werden, dass am 30. Juni 2023 eine Verhandlung über das Konkursbegehren stattfand, zu der er nicht ordnungsgemäss vorgeladen worden wäre. Die Rüge der mangelhaften Vorladung zur Konkursverhandlung ist damit unbegründet.

5.1. Schliesslich stellt sich der Schuldner auf den Standpunkt, die 15-monatige Frist zur Stellung des Konkursbegehrens im Sinne von Art. 166 Abs. 2 SchKG sei bereits am 2. Dezember 2022 abgelaufen, womit sich das Konkursbegehren vom 12. Mai 2023 infolge Verwirkung des Zahlungsbefehls als ungültig erweise (act. 2 S. 12 und S. 15 unten f.; act. 13 Rz. 3). Er stützt sich dabei auf den Leitentscheid BGE 121 III 486, wonach – seiner Ansicht nach – im Falle der Fortsetzung der Betreuung auf der Grundlage eines Pfandausfallscheines die Verwirkung des Zahlungsbefehls nur solange nicht eintrete bzw. insoweit verlängert werde, als die Frist für das Begehren um Fortsetzung der Betreuung nicht abgelaufen sei, d.h. bis zum Ablauf der Monatsfrist von Art. 158 Abs. 2 SchKG (act. 2 S. 12 f.).

5.2. Wie bereits in der Verfügung vom 18. Juli 2023 erwogen, gründet die Konkursandrohung im Falle eines Vorgehens nach Art. 158 Abs. 2 SchKG nicht auf einem in der ordentlichen Konkursbetreibung vollstreckbar gewordenen Zahlungsbefehl – auf die sich die Art. 159 und Art. 160 SchKG beziehen –, sondern auf dem Pfandausfallschein selbst. Dies ist der Grund, weshalb anstelle des Zustellungsdatums des Zahlungsbefehls, bestimmend für die ordentliche Konkursbetreibung und enthaltend in der Konkursandrohung (Art. 160 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), vom Datum des Pfandausfallscheins ausgegangen werden muss. Sofern die Frist zur Fortsetzung der Betreibung gemäss Art. 158 Abs. 2 SchKG eingehalten ist, kann die Verwirkung des Zahlungsbefehls somit nicht eintreten (vgl. BGE 121 III 488 E. 3b).

Mit anderen Worten ist das Datum des zugrunde liegenden Zahlungsbefehls irrelevant, soweit die Monatsfrist gemäss Art. 158 Abs. 2 SchKG eingehalten wurde. Das Bundesgericht spricht zutreffend von einer Unterbrechung des inneren Zusammenhangs zwischen Zahlungsbefehl, Konkursandrohung und Konkursbegehren, der in der ordentlichen Betreibung auf Konkurs besteht, wenn der Konkurs gestützt auf einen Pfandausfallschein innerhalb eines Monats nach dessen Ausstellung fortgesetzt wird (vgl. BGE 121 III 488 E. 3b). Die an die Ausstellung eines Pfandausfallscheins anschliessende Betreibung stellt denn auch eine neue – und nicht etwa "bloss" die Fortsetzung einer bestehenden – Betreibung dar (BSK SCHKG-BERNHEIM/KÄNZIG/GEIGER, 3. Auflage 2021, Art. 158 N 24 m.w.H.).

5.3. Damit ist die vorinstanzliche Schlussfolgerung nicht zu beanstanden, wonach sich die 15-Monatsfrist nach dem Datum der Ausstellung des Pfandausfallscheins (7. März 2022) berechnet und bei Einreichen des Konkursbegehrens am 12. Mai 2023 noch nicht abgelaufen war (act. 3 E. 5.3).

6. Zusammenfassend ist das vorinstanzliche Urteil nicht zu beanstanden, und die Beschwerde ist entsprechend vollumfänglich abzuweisen.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf CHF 750.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Schuldner nicht, weil er unterliegt, dem Gläubiger nicht, weil ihm keine Umtriebe im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2 und 13, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Fluntern-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, je gegen Empfangsschein.
4. 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am:
17. August 2023