

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230209-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Beschluss und Urteil vom 9. November 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

SUISA, Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 24. Oktober 2023 (EK231598)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 24. Oktober 2023 über den Beschwerdeführer den Konkurs (vgl. act. 3). Mit Beschwerde vom 6. November 2023 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des Konkurses und stellt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Ferner leistete der Beschwerdeführer unaufgefordert bei der Obergerichtskasse den üblicherweise erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.– (vgl. act. 8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–15). Das Verfahren ist spruchreif, wobei das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dem heutigen Entscheid obsolet wird.

2.1. 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. Sofern – wie hier – entsprechende Rügen vorgebracht werden, hat das Gericht im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 7).

2.2. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerdeschrift geltend, weder eine Vorladung zur Konkursverhandlung noch das Urteil des Konkursgerichts erhalten zu haben (vgl. act. 2 Rz. 8 ff.).

2.3. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Die für eingeschriebene Sendungen geltende Zustellungsfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) ist auf die Anzeige der Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG) nicht anwendbar (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.2.). Daraus folgt, dass im Falle misslungener postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkursöffnung erst aussprechen darf, wenn die

Vorladung zur Konkursverhandlung dem Schuldner durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtswibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte. Andernfalls wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führen muss, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.3.).

2.4. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 7/1–15) ergibt sich, dass die Vorladung für die auf den 24. Oktober 2023 angesetzte Konkursverhandlung mit Gerichtsurkunde an den Beschwerdeführer verschickt wurde (act. 7/11). Die Zustellung gelang nicht, die Vorladung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert. Gemäss handschriftlichem Vermerk auf dem Couvert wurde am 9. Oktober 2023 eine zweite Zustellung per A-Post vorgenommen (vgl. act. 7/11). Ob diese dem Beschwerdeführer zuzuging resp. er von der anstehenden Konkursverhandlung Kenntnis erlangt hatte, ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten nicht; der Beschwerdeführer bestreitet es (act. 2 Rz. 8 ff.). Da sich somit nicht nachweisen lässt, wann bzw. ob der Beschwerdeführer die Vorladung erhalten hat, ist davon auszugehen, dass er nicht korrekt vorgeladen wurde und er vom laufenden Verfahren keine Kenntnis hatte. Dies steht der Konkursöffnung entgegen. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

2.5. Folgerichtig wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin zu entscheiden (vgl. Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von diesem Vorgehen kann indes dann abgesehen werden, wenn der Beschwerdeführer die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) bezahlt hat oder die Gläubigerin ihm Stundung gewährt hat, denn diese Umstände müssten nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens führen. Das ist in der Folge zu prüfen. Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist diesfalls zu verzichten, weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrens-

mangels und nicht wegen einer der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG aufzuheben ist (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 12).

2.6. Der Beschwerdeführer hat die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten (Fr. 1'381.65) mit einer Zahlung von Fr. 1'600.– bei der Obergerichtskasse hinterlegt (vgl. act. 8). Sodann hat der Beschwerdeführer am 2. November 2023 beim Konkursamt Hottingen-Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– geleistet (act. 5/3) und damit die Kosten des Konkursgerichts von Fr. 400.– sichergestellt, welche er zu tragen hat (vgl. hiernach E. 3) und die hier somit einen Teil der Konkursforderung bilden (vgl. act. 5/3). Aufgrund des damit gegebenen Konkurshinderungsgrundes der Hinterlegung kann auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verzichtet werden. Das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin ist abzuweisen.

3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– ist dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, weil seine Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Beschwerdegegnerin zu Recht gestellt wurde. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.– ist dem Beschwerdeführer zurückzuzahlen. Die Obergerichtskasse ist entsprechend anzuweisen. Entsprechend sind auch die Kosten des Konkursamts Hottingen-Zürich auf die Staatskasse zu nehmen. Das Konkursamt Hottingen-Zürich ist sodann anzuweisen, der Beschwerdegegnerin die von ihr geleisteten Fr. 1'800.– und dem Beschwerdeführer einen Betrag von Fr. 800.– (geleisteter Vorschuss für die Kosten des Konkursverfahrens abzüglich der Kosten von Fr. 400.– für das vorinstanzliche Verfahren) zurückzuzahlen. Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.

2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Oktober 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes Hottingen-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Beschwerdeführer einbezahlten Betrag von Fr. 750.– dem Beschwerdeführer zurückzuzahlen.
7. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Schuldner hinterlegten Betrag von Fr. 1'600.– im Umfang von Fr. 1'381.65 an die Beschwerdegegnerin auszubezahlen und – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – in der Höhe von Fr. 218.35 an den Beschwerdeführer zurückzuerstatten.
8. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und dem Beschwerdeführer Fr. 800.– auszuzahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das

Konkursamt Zürich-Hottingen, ferner mit besonderer Anzeige und im Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Zürich 7, je gegen Empfangsschein.

10. 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 J. Camelin-Nagel

versandt am:
9. November 2023