

ZH_OBERGERICHT PS210050 vom 3. Mai 2021

ZH Obergericht, 2021-05-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS210050

FR: ZH_OBERGERICHT PS210050 du 3 mai 2021

IT: ZH_OBERGERICHT PS210050 del 3 maggio 2021

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Mit Eingabe vom 8. März 2021 (act. 1 und act. 1A) beantragte die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichts Meilen (nachfolgend Vorinstanz), es sei gestützt auf Art. 191 SchKG der Konkurs über sie zu eröffnen, und erklärte sich für zahlungsunfähig. Mit Urteil vom 12. März 2021, 11:15 Uhr, eröffnete die Vorinstanz gestützt auf Art. 191 SchKG den Konkurs über die Beschwerdegegnerin.

E. 1.2

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin, die am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt war, mit Eingabe vom 25. März 2021 (Datum Poststempel; act. 15) Beschwerde gemäss Art. 194 i.V.m. Art. 174 SchKG und stellte die folgenden Rechtsbegehren: " 1. Es sei die Nichtigkeit des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 12. März 2021 im Verfahren Nr. EK210057, mit welchem der Konkurs über die Beschwerdegegnerin eröffnet wurde, festzustellen und das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon anzuweisen, die Betreibungsverfahren mit der Nr. 1 sowie Nr. 2 fortzuführen.

E. 1.3

Mit Eingabe selben Datums beantragte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz, es sei die Konkurseröffnung gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO aufzuheben (act. 15).

E. 1.4

Der von der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 14. April 2021 verlangte Kostenvorschuss (act. 8) wurde rechtzeitig geleistet (act. 10). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort ist abzusehen (Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1–19). Das Verfahren ist spruchreif.

- 3 - 2. Beschwerdelegitimation

E. 2

Eventualiter sei das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 12. März 2021 im Verfahren Nr. EK210057, mit welcher der Konkurs über die Beschwerdegegnerin eröffnet wurde, aufzuheben und das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon anzuweisen, die Betreibungsverfahren mit der Nr. 1 sowie Nr. 2 fortzuführen.

E. 2.1

Gemäss Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG kann ein Entscheid des Konkursgerichts, mit dem gestützt auf eine Insolvenzerklärung (Art. 191 SchKG) der Konkurs über eine Schuldnerin eröffnet wird, innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO (Art. 319 ff. ZPO) angefochten werden.

E. 2.2

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, der auch die Kammer folgt, sind Drittgläubiger – d.h. solche, die nicht selbst das Konkursbegehren gestellt haben – nicht zur Beschwerdeerhebung i.S.v. Art. 174 SchKG legitimiert, und zwar insbesondere auch dann nicht, wenn der Konkurs ohne vorgängige Betreuung auf eigenes Begehren der Schuldnerin eröffnet wurde (BGE 123 III 402, E. 3; 118 III 33, E. 3; 111 III 66, E. 2; BGer, 5A_43/2013 vom 25. April 2013, E. 2; OGer ZH, PS180179 vom 24. September 2018, E. 2). Wenn Drittgläubiger eine auf ordentliche Konkursbetreibung hin erfolgte Konkursöffnung nicht anfechten können, so wäre nicht einzusehen, weshalb ein ohne vorgängige Betreuung auf Insolvenzerklärung der Schuldnerin (Art. 191 SchKG) hin ergangenes Konkurskenntnis von jedem einzelnen Gläubiger weitergezogen werden können sollte (BGE 123 III 402, E. 3a/dd; 111 III 66, E. 2, S. 68 unten).

E. 2.3

Kern der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist, dass die Konkursöffnung blosse Reflexwirkungen auf die Gläubigerrechte hat und Art. 174 Abs. 1 SchKG, auf welchen Art. 194 SchKG verweist, ausdrücklich von den "Parteien" spricht. Gläubiger, welche nicht selbst das Konkursbegehren gestellt haben, nehmen nicht am erstinstanzlichen Konkursverfahren teil und sind deshalb keine "Parteien" im Sinne dieser Bestimmung. Im Übrigen haben die Gläubiger keine geschützte Position mit Bezug auf eine bestimmte Art der Zwangsvollstreckung; vielmehr werden die Modalitäten der Forderungsdurchsetzung gerade durch das SchKG geregelt, nach dessen Bestimmungen es auch bei einer grundsätzlich nicht der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldnerin (vgl. Art. 39 SchKG) zum Konkurs kommen kann. Dass die Eröffnung des Konkurses konkrete Auswirkungen auf die Gläubiger hat, liegt in der Natur der Sache; indes handelt es sich dabei wie gesagt um hier nicht beachtliche Reflexwirkungen (BGer, 5A_43/2013 vom 25. April 2013, E. 2).

- 4 -

E. 2.4

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Konkursverfahren nicht teilgenommen, insbesondere hat sie nicht selbst das Konkursbegehren gestellt. Als Drittgläubigerin ist sie folglich nicht zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Was sie dagegen vorbringt, verfängt nicht (act. 2 Rz. 5 ff.). Der Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin als Drittgläubigerin auf den Beschwerdegrund der örtlichen bzw. internationalen Unzuständigkeit der Vorinstanz beruft, verschafft ihr keine Legitimation zur Erhebung einer Beschwerde gegen das Konkurskenntnis i.S.v. Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG; sie wird dadurch nicht zur "Partei" im Sinne letzterer Bestimmung. Zwar trifft es zu, dass das Bundesgericht eine entsprechende Ausnahme in BGE 111 III 66, E. 2 a.E. – obiter – als möglich in Betracht gezogen hat, in neueren Entscheiden fehlt es indessen an einem solchen Hinweis (BGE 123 III 402, E. 3; 118 III 33, E. 3; BGer, 5A_43/2013 vom 25. April 2013, E. 2; vgl. auch OGer ZH, PS180179 vom 24. September 2018, E. 2). Letztlich würde nicht einleuchten, weshalb Drittgläubiger nur, aber immerhin, zur Geltendmachung eines

singulären Beschwerdegründes (Unzuständigkeit) legitimiert sein sollten, während ihnen die Legitimation im Übrigen – insbesondere mit Bezug auf die materielle Begründetheit des Konkurserkennnisses – abgehen sollte. Wenn schon, wären wohl sämtliche Drittgläubiger mit sämtlichen Beschwerdegründen zuzulassen, und zwar sowohl in den Fällen von Art. 190 ff. SchKG als auch bei einer Konkursöffnung auf ordentliche Konkursbetreibung. Doch dies bedürfte angesichts der klaren Entscheidung des Gesetzgebers, Drittgläubiger nicht zur Beschwerde zuzulassen, einer Gesetzesänderung (vgl. BGE 123 III 402, E. 3a, wonach von einem qualifizierten Schweigen auszugehen sei). Der Grund, weshalb sich das Bundesgericht in BGE 111 III 66 E. 3 (obiter) entsprechend äusserte, dürfte darin liegen, dass das Bundesgericht an besagter Stelle an die von einem örtlich unzuständigen Betreibungsamt ausgestellte Konkursandrohung anknüpft, die im Verfahren der SchK-Beschwerde gemäss Art. 22 SchKG nichtig wäre. Wie es sich mit der von der Beschwerdeführerin vorliegend denn auch geltend gemachten Nichtigkeit des Konkurserkennnisses verhält, ist im Folgenden zu prüfen.

- 5 -

E. 2.5

Da es sich bei der Legitimation um eine Rechtsmittelvoraussetzung handelt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (OGer ZH, PS180179 vom 24. September 2018, E. 2.5).

E. 3

Nichtigkeit des Konkurserkennnisses

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das angefochtene Konkurserkennnis sei wegen örtlicher Unzuständigkeit der Vorinstanz nichtig, und es sei die Nichtigkeit von Amtes wegen und unabhängig von ihrer Beschwerdelegitimation festzustellen (act. 2 Rz. 10 ff.).

E. 3.2

Gemäss Art. 22 Abs. 1 SchKG sind Verfügungen nichtig, die gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind. Die Nichtigkeit einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfügung ist von den Aufsichtsbehörden – sofern sie im Rahmen ihrer Amtstätigkeit Kenntnis davon erhalten – jederzeit von Amtes wegen und unabhängig davon festzustellen, ob Beschwerde geführt wurde, und zwar im Dispositiv und nicht nur vorfrageweise (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Demzufolge kann die Nichtigkeit einer Verfügung grundsätzlich auch auf blosser Anzeige einer unbeteiligten bzw. zur Beschwerdeerhebung gemäss Art. 17 SchKG nicht legitimierten Person und zudem auch nach Ablauf der Beschwerdefrist gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG festgestellt werden. Die Kompetenz der kantonalen Aufsichtsbehörden zur Feststellung der Nichtigkeit von Verfügungen i.S.v. Art. 22 Abs. 1 SchKG stützt sich auf deren Aufsichtsbefugnis nach Art. 13 SchKG. Gerichtliche Behörden gehören nicht zum Kreis der gemäss dieser Bestimmung beaufsichtigten Instanzen (mit Ausnahme der unteren kantonalen Aufsichtsbehörden; Art. 13 Abs. 2 SchKG), und gerichtliche Entscheide gelten nicht als Verfügungen i.S.v. Art. 22 SchKG. Unter letztere Bestimmung fallen nur Verfügungen der Zwangsvollstreckungsorgane, insbesondere solche der Betreibungs- und Konkursämter, nicht aber Verfügungen und Urteile des Konkursgerichts (BGer, 5A_734/2012 vom 31. Mai 2013, E. 3.3; 5A_576/2010 vom 18. November 2010, E. 3.1 und 3.2; OGer ZH,

PS150183 vom 19. Januar 2016, E. III.1.2).

- 6 - Art. 22 SchKG ist auf den vorinstanzlichen Entscheid – ein gerichtliches Konkurserkennnis – folglich nicht anwendbar, sondern es gelten die allgemeinen Regeln des Zivilprozessrechts über die Nichtigkeit gerichtlicher Urteile (vgl. aber BGer, 5A_734/2012 vom 31. Mai 2013, E. 3.4, wonach die Feststellung der Nichtigkeit des Konkursdekrets durch die Aufsichtsbehörden "wegen grober Fehler" vorbehalten bleibe; damit kann nur eine vorfrageweise Feststellung der Nichtigkeit des Konkurseröffnungsentscheids gemäss den allgemeinen zivilprozessualen Grundätzen, i.e. der Evidenztheorie, gemeint sein; vgl. zutreffend OGer ZH, PS150183 vom 19. Januar 2016, E. III.1.2).

E. 3.3

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein gerichtlicher Entscheid nichtig, wenn (i) der ihm anhaftende Mangel besonders schwer ist, (ii) dieser Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und (iii) eine Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden würde (sog. Evidenztheorie). Als mögliche Nichtigkeitsgründe fallen vorab die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen demgegenüber nur ganz ausnahmsweise zur Nichtigkeit (BGE 137 III 217, E. 2.4.3; 136 II 489, E. 3.3; 132 II 342, E. 2.1; 129 I 361, E. 2.1; BGer, 4A_100/2016 vom 13. Juli 2016, E. 2.1.1; 4A_488/2014 vom 20. Februar 2015, E. 3.1; OGer ZH, LF190006 und LF190007 vom 18. März 2019, E. III.13; PS180179 vom 24. September 2018, E. 3.1; WALTHER, Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht, SZP 2/2005, S. 215 ff.). Ein in diesem Sinne nichtiger Gerichtsentscheid ist ein nullum, der ohne jede rechtliche Wirkung bleibt, und zwar ex tunc, ohne dass es hierfür einer gerichtlichen Feststellung oder gar einer Anordnung bedürfte. Die Nichtigkeit eines Gerichtsentscheids ist von jeder Behörde, ohne Einhaltung einer Frist, von Amtes wegen vorfrageweise zu beachten, wenn der zu treffende Entscheid davon abhängt. Eine Feststellung der Nichtigkeit eines gerichtlichen Entscheids hauptfrageweise im Dispositiv – die als solche Rechtskraft entfaltet und andere Behörden, denen sich diese Frage stellt, formell bindet – kann indessen nur von der unmittelbar übergeordneten Instanz getroffen werden, die im Allgemeinen zur Beurtei-

- 7 - lung von Rechtsmitteln gegen Entscheide der betroffenen unteren Instanz zuständig ist. Für eine solche formelle Feststellung der Nichtigkeit eines Entscheids durch die übergeordnete Rechtsmittelinstanz bedarf es keines formellen Rechtsmittels, sondern es kann eine solche Feststellung – sofern die zuständige Rechtsmittelbehörde im Rahmen ihrer Amtstätigkeit Kenntnis davon erhält – ohne Einhaltung einer Frist und grundsätzlich auch von Amtes wegen getroffen werden, etwa auf Anzeige eines nicht betroffenen bzw. nicht zu einem Rechtsmittel legitimierten Dritten. Einer von der Beschwerdeführerin beantragten Feststellung der Nichtigkeit des vorinstanzlichen Urteils durch die Kammer – als zuständige Rechtsmittelinstanz – stünde mithin nicht entgegen, dass die Beschwerdeführerin zur Erhebung der Beschwerde gemäss Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG nicht legitimiert ist.

E. 3.4

Das vorinstanzliche Konkursdekret erwiese sich vorliegend entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin selbst dann nicht als nichtig, wenn die Konkursöffnung am falschen

Ort ergangen sein sollte. Im Gegensatz zu einer sachlichen oder funktionellen Unzuständigkeit, die eine Nichtigkeit des Entscheids zur Folge haben kann (vgl. die in E. 3.3 zit. Rspr.), führt die örtliche bzw. internationale Unzuständigkeit des entscheidenden Gerichts nicht zur Entscheidsnichtigkeit. Das gilt auch mit Bezug auf ein von einem unzuständigen Konkursgericht erlassenes Konkursdekret. Die Frage der örtlichen bzw. internationalen Zuständigkeit des Konkursgerichts kann nur in einem formellen Rechtsmittelverfahren – d.h. im Rahmen einer innert Frist und von einer legitimierten Partei erhobenen Beschwerde gemäss Art. 174 SchKG – geprüft werden (BGer, 5A_734/2012 vom 31. Mai 2013, E. 3.4; vgl. auch BGer, 5A_576/2010 vom 18. November 2010, E. 3.1 und 3.2; BSK SchKG Erg.bd.-STAEHELIN, Art. 22 N 18). Wird die von einem örtlich bzw. international unzuständigen Gericht erkannte Konkursöffnung nicht (innert Frist) angefochten, bleibt es grundsätzlich bei dieser Entscheidung. Die Annahme einer Nichtigkeit wäre hier – jedenfalls in nicht völlig offensichtlichen Fällen – mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar.

- 8 - Damit steht nur auf den ersten Blick im Widerspruch, dass die von einem unzuständigen Betreibungsamt ausgestellte Konkursandrohung nichtig i.S.v. Art. 22 Abs. 1 SchKG ist (BGE 96 III 31, E. 2; 111 III 66, E. 2; 118 III 4, E. 2). Das angerufene Konkursgericht hat seine internationale und örtliche Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen (Prozessvoraussetzung; vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO); es gilt die Untersuchungsmaxime (Art. 60 und Art. 255 lit. a ZPO). Wird das Konkursbegehren auf ordentliche Konkursbetreibung hin gestellt (Art. 159 ff. SchKG), so ist hier indessen die Besonderheit zu beachten, dass das Konkursgericht im Ergebnis nur dann kompetent ist, selbst über seine örtliche bzw. internationale Zuständigkeit zu entscheiden, wenn es diese entweder für klar gegeben oder für klar nicht gegeben hält. Bestehen Zweifel über die örtliche bzw. internationale Zuständigkeit, so gehen damit in der Regel (vgl. Art. 46 und Art. 53 SchKG) auch Zweifel über die Zuständigkeit des die Konkursandrohung zustellenden Betreibungsamtes – und damit über die Gültigkeit bzw. Nichtigkeit der Konkursandrohung – einher. In einem solchen Fall hat das Konkursgericht den Entscheid auszusetzen und die Sache von Amtes wegen der Aufsichtsbehörde zur Prüfung der Nichtigkeit der Konkursandrohung zu überweisen (Art. 173 Abs. 2 SchKG; BGE 96 III 31, E. 2; 118 III 4, E. 2a; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 171 N 4). Der Umstand, dass die der Konkursöffnung zugrunde liegende Konkursandrohung von einem örtlich unzuständigen Betreibungsamt ausgesprochen wurde und deshalb nichtig ist – und dass das Konkursgericht die Sache gegebenenfalls zu Unrecht nicht der Aufsichtsbehörde überwiesen und sich in Verletzung dieser Vorschriften für örtlich und international zuständig erachtet hat –, führt indessen nicht zur Nichtigkeit des Konkursdekrets. In diesem Sinne ist der Nichtigkeitsbegriff von Art. 22 SchKG im Ergebnis weiter als der allgemeine zivilprozessuale Begriff der Nichtigkeit von Gerichtsentscheiden. Wird das Konkursbegehren, wie hier, ohne vorgängige Betreibung gestützt auf Art. 191 SchKG von der Schuldnerin selbst gestellt, so hat das Konkursgericht seine internationale und örtliche Zuständigkeit umfassend selbst zu prüfen (Art. 59 f. ZPO), denn eine mit dieser Frage einhergehende mögliche Nichtigkeit einer vorangehenden Konkursandrohung entfällt, und eine Überweisung der Sache an die Aufsichtsbehörden kommt deshalb von vornherein nicht in Betracht

- 9 - (vgl. Art. 173 Abs. 2 SchKG). Da es sich bei diesem Verfahren um ein nichtstreitiges Einparteienverfahren handelt (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 191 N 27),

besteht hier eine erhöhte Gefahr, dass das Konkursgericht gestützt auf eine unzutreffende Sachverhaltsdarstellung der Gesuchstellerin entscheidet. Diesem Umstand ist im Rahmen der Anwendung der Untersuchungsmaxime Rechnung zu tragen (vgl. Art. 60 und Art. 255 lit. a und lit. b ZPO). Weil es sich bei der Konkurseröffnung auf Insolvenzerklärung der Schuldnerin (Art. 191 SchKG) um eine Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, besteht sodann die Möglichkeit, dass das Konkursgericht von Amtes wegen oder auf Antrag auf die Konkurseröffnung zurückkommt und diese aufhebt, sofern sie sich im Nachhinein – etwa aufgrund örtlicher oder internationaler Unzuständigkeit – als unrichtig erweist, es sei denn, die Rechtssicherheit stehe dem entgegen, insbesondere wenn die Konkurseröffnung längere Zeit zurückliegt (Art. 256 Abs. 2 ZPO; OGer ZH, PS140090 vom 11. Juni 2014, E. III.3; KGer GR, Entscheidung vom 5. Mai 2015, KSK 15 21, E. II.2a). Eine Grenze zieht demnach das Faktische: wenn das Konkursverfahren so weit gediehen ist, dass es vernünftigerweise nicht mehr rückabgewickelt werden kann, so ist die nachträgliche Aufhebung der Konkurseröffnung auf Insolvenzerklärung durch das erkennende Konkursgericht grundsätzlich nicht mehr tunlich. Dies ist jedenfalls nicht der Fall, solange keine Dritte in das Verfahren einbezogen wurden (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 171 N 6). In solchen Fällen ist die Aufhebung des Konkurses folglich keineswegs auf die Fälle von Art. 195 SchKG (Konkurswiderruf) beschränkt.

E. 3.5

Zusammengefasst ergibt sich Folgendes: Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung der Konkursbeschwerde nicht legitimiert, weshalb auf diese nicht einzutreten ist. Ein Konkursdekret, das von einem örtlich bzw. international unzuständigen Konkursgericht ausgefällt wurde, ist nicht nichtig, jedenfalls dann nicht, wenn die Unzuständigkeit nicht geradezu offensichtlich ins Auge springt. Dies ist hier nicht der Fall: die Gesuchstellerin hat immerhin eine aktuelle Wohnsitzbestätigung der Gemeinde C._____ ins Recht gelegt (act. 7/3). Die Frage der örtlichen bzw. internationalen Zuständigkeit der Vorinstanz ist vorliegend deshalb nicht zu prü-

- 10 - fen. Der Vorinstanz bleibt es indessen vorbehalten, ihre Zuständigkeit im Lichte der nun vorliegenden, von der Beschwerdeführerin als Gläubigerin – eine am Konkurseröffnungsverfahren nicht als Partei beteiligte Dritte – eingebrachten tatsächlichen Grundlagen erneut (umfassend) zu prüfen und gegebenenfalls auf den Konkurseröffnungsentscheid zurückzukommen (Art. 256 Abs. 2 ZPO).

E. 4

Kosten- und Entschädigungsfolgen In Anwendung von Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG ist die zweitinstanzliche Spruchgebühr auf Fr. 750.– festzusetzen.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht mangels Umtrieben, die zu entschädigen wären. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.