

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230111-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 S. Ursprung

Beschluss und Urteil vom 16. August 2023

in Sachen

Vereinigung A. _____,

Gläubigerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____

gegen

B. _____,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung (Widerruf)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 13. Juni 2023 (EK230128)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Urteil vom 18. Januar 2023 eröffnete das Konkursgericht Uster (nachfolgend: Vorinstanz) über die Beschwerdegegnerin und Schuldnerin gestützt auf ihre Insolvenzerklärung vom 27. Dezember 2022 (Geschäfts-Nr. EK220528-I) und die eingereichten Unterlagen (act. 7/5/1, 7/5/2/1-2, 7/5/6 und 7/5/7/1-9) gemäss Art. 191 SchKG den Konkurs (act. 7/5/8).

1.2. Die Beschwerdeführerin und Gläubigerin, welche am erwähnten Verfahren nicht beteiligt war, verlangte mit Eingabe vom 23. Februar 2023 bei der Vorinstanz den Widerruf des Konkurses (act. 1 S. 2). Die Vorinstanz trat auf das Begehren mit Entscheid vom 13. Juni 2023 nicht ein (act. 3 = act. 6 = act. 7/14, nachfolgend act. 6). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 19. Juni 2023 Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei der Nichteintretensentscheid (angefochtene Verfügung) des Konkursgerichts Uster vom 13. Juni 2023 aufzuheben und der mit Urteil vom 18. Januar 2023 vom Konkursgericht Uster eröffnete Konkurs (Geschäfts-Nr. EK220528-I) über B. _____ zu widerrufen.
2. Eventualiter sei der Nichteintretensentscheid (angefochtene Verfügung) des Konkursgerichts Uster vom 13. Juni 2023 aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen.
3. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und das Konkursamt Uster sei anzuweisen für die Dauer des Konkurswiderrufsverfahrens das Konkursverfahren zu sistieren.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Schuldnerin und Beschwerdegegnerin."

Sie machte im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht nicht auf ihr Widerrufsbegehren eingetreten und der Konkurs sei aufzuheben (act. 2 S. 2).

1.3. Mit Verfügung vom 27. Juni 2023 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt und als superprovisorische vorsorgliche Massnahme das Konkursamt Uster angewiesen, das Konkursverfahren über die Beschwerdegegnerin

einstweilen zu sistieren. Der Beschwerdeführerin wurde Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren zu leisten. Zudem wurde die Prozessleitung delegiert und der Beschwerdegegnerin Frist angesetzt, um sich zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zu äussern sowie die Beschwerde zu beantworten (act. 9). Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (vgl. act. 10/1 und act. 13). Mit Eingabe vom 5. Juli 2023 samt Beilagen reichte die Beschwerdegegnerin rechtzeitig ihre Beschwerdeantwort sowie die Stellungnahme zur vorsorglichen Sistierung des Konkurses ein (act. 11). Sie beantragte die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde und ersuchte um Aufhebung der Sistierung. Die Eingabe wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 14).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-17). Die Sache ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Allgemeines

Für den Widerruf des Konkurses nach Art. 195 Abs. 1 SchKG ist in erster Instanz das Einzelgericht im summarischen Verfahren als Konkursgericht zuständig (vgl. § 24 lit. c GOG/ZH, Art. 1 lit. c ZPO und Art. 251 lit. a ZPO). Endentscheide des Konkursgerichts betreffend Widerruf des Konkurses nach Art. 195 SchKG sind mit Beschwerde gemäss Art. 319 ff. SchKG anfechtbar (vgl. Art. 309 lit. b Ziff. 7 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO).

2.2. Rechtliches zur Beschwerde

2.2.1. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdefrist beträgt im summarischen Verfahren 10 Tage (vgl. Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde der Beschwerdeführerin am 16. Juni 2023 zugestellt (vgl. act. 7/15). Die 10-tägige Beschwerdefrist ist somit gewahrt und die Eingabe erfolgte rechtzeitig.

2.2.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei trifft eine Begründungslast. Es ist in der Beschwerdeschrift vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig sei und wie er geändert werden müsse. Die Beschwerdeschrift hat sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und anzugeben, an welchen Mängeln dieser leide (sog. Begründungslast; vgl. statt vieler BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 321 N 5 ff. und 22; BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl. 2017, Art. 321 N 4 i.V.m. Art. 311 N 12). Wird eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht, so hat die Beschwerdeschrift eine minimale rechtliche Begründung zu enthalten (vgl. OGer ZH, PS180131 vom 3. September 2018, E. III./1 mit Hinweis auf OGer ZH, LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

2.3. In Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz zwar volle Kognition (Art. 320 lit. a ZPO). Dies bedeutet freilich nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die beschwerdeführende Partei diese in oberer Instanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sich die Beschwerdeinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Beschwerdebegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4; 142 III 413 E. 2.2.4). Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung der beschwerdeführenden Partei noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO), weshalb die Beschwerde auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden kann (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4; BGer, 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

2.4. Nachfolgend ist im Rahmen der Entscheidbegründung einzig auf die wesentlichen Überlegungen einzugehen, von welchen sich die Kammer hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 142 III 433 E. 4.3.2 m.w.H.).

3. Widerruf des Konkurses

3.1. Die Beschwerdeführerin verlangt den Widerruf des Konkurses, da die Insolvenzerklärung der Beschwerdegegnerin nach Art. 191 SchKG einzig die Schädigung ihrer Gläubigerin zum Ziel gehabt habe und damit gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich sei (act. 2 Rz. 12 ff.; act. 7/1 S. 6 f.). Als Drittgläubigerin habe die Beschwerdeführerin gestützt auf die Praxis des Bundesgerichts sowie des Obergerichts Zürich kein Recht, den Konkurs der Beschwerdegegnerin nach einer Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG direkt anzufechten. Damit bleibe ihr lediglich das Begehren um Widerruf des Konkurses (vgl. act. 2 Rz. 9 ff.).

3.2. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin damit nicht einen Widerrufsgrund nach Art. 195 SchKG geltend macht, sondern den Konkurs gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO in Wiedererwägung ziehen will (act. 6 E. 6.a). Damit ist zunächst fraglich, ob ihr überhaupt ein Recht zusteht, sich auf diese Norm zu berufen.

3.3. Im Entscheid PS210050 vom 3. Mai 2021, E. 3.4. wurde von der Kammer festgehalten, dass es sich bei der Konkursöffnung auf Insolvenzerklärung der Schuldnerin (Art. 191 SchKG) um eine Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit handle, welche gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO abgeändert werden könne (mit Verweis auf OGer ZH, PS140090 vom 11. Juni 2014, E. III.3; KGer GR, Entscheid vom 5. Mai 2015, KSK 15 21, E. II.2a). Das Bundesgericht hat nun in einem zur Publikation vorgesehenen Entscheid festgehalten, dass es sich bei der Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG *nicht* um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne der ZPO handle (BGer, 5A_925/2021 vom 2. März 2023, E. 3.4.2 mit Verweis auf GULDENER, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Schweiz, Zürich 1954, S. 7 Fn. 36 und HÜSSER, Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Zürich 2012, S. 5 f.). Auch wenn dies lediglich im Rahmen eines *obiter dictums* geschah, worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist (vgl. act. 2 Rz. 11), besteht angesichts der Deutlichkeit der entsprechenden Feststellung und der beabsichtigten Entscheidpublikation kein Spielraum mehr für das Festhalten am Gegenteil. Damit ist das Konkursdekret gemäss zutreffender Ausführung der Vorinstanz gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO nicht

abänderbar, auch nicht durch die analoge Anwendung der entsprechenden Norm (so noch PS140090 vom 11. Juni 2014, E. III.3). Damit ist es der Beschwerdeführerin vorliegend nicht möglich, gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO den Widerruf des Konkurses zu verlangen.

4. Nichtigkeit des Konkursdekrets

4.1. Der Gläubigerin muss auch bei Insolvenzerklärungen gestützt auf Art. 191 SchKG zumindest die Einrede eines nichtigen Entscheides offenstehen, welche von Amtes wegen zu prüfen ist. Insbesondere muss es möglich sein, einem gegen die Grundsätze von Art. 191 SchKG verstossenden Konkurs den Vollzug zu versagen bzw. dessen Nichtigkeit anzunehmen, soweit sich *nachträglich* herausstellen sollte, dass dieser rechtsmissbräuchlich ist (vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 191 N 17 m.H. auf Amtsgericht Luzern Land, BISchK 1996, S. 228 ff.).

4.2. Auch wenn der Nichtigkeit im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten eine grössere Bedeutung zukommt, ist die Nichtigkeit einer Verfügung nur ausnahmsweise anzunehmen, wenn ihre Mangelhaftigkeit besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird (BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI, Art. 22 N 8 ff.). Vorliegend macht die anwaltlich vertretene Partei die Nichtigkeit des Entscheids weder geltend, noch wäre eine solche aus den Akten ersichtlich. Damit erübrigt sich eine entsprechende Prüfung.

5. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Demzufolge ist das Konkursamt anzuweisen, die superprovisorische Sistierung des Konkurses aufzuheben. Der Antrag der Beschwerdegegnerin auf vorsorgliche Aufhebung der Sistierung des Konkursverfahrens wird damit hinfällig und ist abzuschreiben.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

In Anwendung von § 12 Abs. 1-3 GebV OG sowie Art. 61 i.V.m. Art. 53 lit. d GebV SchKG ist die zweitinstanzliche Spruchgebühr auf Fr. 300.– 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 entsprechendem Antrag (vgl. act. 11).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag der Beschwerdegegnerin um vorsorgliche Aufhebung der Sistierung des Konkursverfahrens über B._____ wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, die Sistierung des Konkursverfahrens über B._____ aufzuheben und das Verfahren fortzusetzen.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt Uster und die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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 S. Ursprung

versandt am:
17. August 2023