

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

5A 452/2021

Urteil vom 14. Dezember 2022

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichterin Escher,  
Bundesrichter Marazzi, von Werdt, Bovey,  
Gerichtsschreiber Levante.

Verfahrensbeteiligte  
Hilfskonkursmasse von A.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Konkursamt Küsnacht, Kohlrainstrasse 10, Postfach 1390,  
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Reimann,,  
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Marjolaine Jakob und/oder Rechtsanwalt Reto Hunsperger,  
Beschwerdeführerin,

gegen

B.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Hauenstein, und/oder Rechtsanwältin Maria Ingold,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Konkurseröffnung, Insolvenzerklärung,

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts  
des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 3. Mai 2021 (PS210050-O/U).

Sachverhalt:

A.

A.a. Mit Eingabe vom 8. März 2021 beantragte B.\_\_\_\_\_ beim Bezirksgericht Meilen, es sei gestützt auf Art. 191 SchKG der Konkurs über sie zu eröffnen, und erklärte sie sich zahlungsunfähig. Mit Urteil vom 12. März 2021, 11.15 Uhr, eröffnete das Bezirksgericht (Einzelgericht im summarischen Verfahren/Konkurssachen) gestützt auf Art. 191 SchKG den Konkurs über B.\_\_\_\_\_. Die Konkurseröffnung wurde am 16. März 2021 im SHAB und kantonalen Amtsblatt öffentlich bekannt gemacht.

A.b. Gegen die Konkurseröffnung erhob die (IPRG-) Hilfskonkursmasse von A.\_\_\_\_\_, welche am erstinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt war, mit Eingabe vom 25. März 2021 Beschwerde gemäss ZPO (Art. 174 i.V.m. Art. 194 SchKG) beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie verlangte, es sei die Nichtigkeit des Urteils über die Konkurseröffnung festzustellen, eventualiter sei das erstinstanzliche Urteil aufzuheben, und die Betreibungsverfahren Nr. xxx und Nr. yyy des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon seien fortzuführen.

B.

Das Obergericht trat auf die Beschwerde der Hilfskonkursmasse von A.\_\_\_\_\_ mit Beschluss vom 3. Mai 2021 nicht ein, mit der Begründung, am Konkurseröffnungsverfahren nicht beteiligte Gläubiger seien zur Beschwerde nicht legitimiert; das Konkursdekret sei zudem nicht nichtig.

C.

Mit Eingabe vom 1. Juni 2021 hat die Hilfskonkursmasse von A.\_\_\_\_\_ Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der obergerichtliche Beschluss aufzuheben. In der

Sache beantragt sie, es sei die Nichtigkeit des Urteils über die Konkursöffnung über B. \_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin) festzustellen (Antrag Ziff. 1), eventualiter sei das erstinstanzliche Urteil aufzuheben (Antrag Ziff. 2), subeventualiter sei die Sache an das Obergericht zurückzuweisen (Antrag Ziff. 3).

Weiter ersucht die Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung.

Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2021 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung im Sinne der Erwägungen gewährt.

Die Beschwerdegegnerin hat am 14. Juni 2021 um unentgeltliche Rechtspflege ersucht. Mit Verfügung vom 1. Oktober 2021 wurde das Gesuch gutgeheissen und es wurde ihr Rechtsanwalt Andreas Hauenstein als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben. Am 18. Oktober 2021 wurde die teilweise Substituierung durch Rechtsanwältin Maria Ingold erlaubt.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin hat repliziert. Das Obergericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegen Entscheide des oberen kantonalen Gerichts, welches als Rechtsmittelinstanz über Entscheide des Konkursgerichts befunden hat, ist die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig eines Streitwertes gegeben (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. d, Art. 75 BGG).

1.2. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie hat ein schutzwürdiges Interesse an der Klärung der Frage, ob das Obergericht zu Recht auf ihr Rechtsmittel nicht eingetreten ist (vgl. BGE 135 II 145 E. 3.1; Urteile 5A 645/2010 vom 27. Dezember 2010 E. 1, nicht publ. in: BGE 137 III 67; 5A 112/2015 vom 7. Dezember 2015 E. 1.2). Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde berechtigt (Art. 76 Abs. 1 BGG).

1.3. Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 143 I 377 E. 1.2). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

2.

Das Obergericht hat im Wesentlichen unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung festgehalten, dass ein Gläubiger, der am erstinstanzlichen Konkursöffnungsverfahren - wie hier die Beschwerdeführerin bei der Insolvenzerklärung der Beschwerdegegnerin - nicht teilgenommen habe, zur Beschwerde gegen die Konkursöffnung nicht legitimiert sei. Die Zulassung des Beschwerderechts bedürfe einer Gesetzesänderung, denn es sei (mit Hinweis auf BGE 123 III 402 E. 3a) von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzes auszugehen. Die Beschwerde gegen die Konkursöffnung sei unzulässig. Zwar könne ein gerichtlicher Entscheid (wie eine Konkursöffnung) nichtig sein, insbesondere bei funktioneller oder sachlicher Unzuständigkeit oder krassen Verfahrensmängeln. Selbst wenn das Konkursgericht - wie die Beschwerdeführerin meine - örtlich bzw. international gar nicht zuständig wäre, würde dies hingegen nicht zur Nichtigkeit der Konkursöffnung führen. Die Frage der örtlichen bzw. internationalen Zuständigkeit sei demnach nicht zu prüfen. Schliesslich sei nach zürcherischer Rechtsprechung unter Umständen möglich, dass das Konkursgericht das Konkursdekret gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO widerrufe, falls es sich im Nachhinein als unrichtig erweise.

3.

Anlass zur Beschwerde gibt eine Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG, gegen welche sich eine am Konkursöffnungsverfahren nicht beteiligte Betreuungsgläubigerin wehren will. Die Beschwerdeführerin als Drittgläubigerin wendet sich gegen die Auffassung des Obergerichts, welches ihr ein Beschwerderecht abgesprochen und Nichtigkeit wegen örtlicher Unzuständigkeit des Konkursgerichts verneint hat. Sie rügt eine Verletzung von konkursrechtlichen Vorschriften (Art. 46 Abs. 1 i.V.m. Art. 191 Abs. 1, Art. 174 Abs. 1 SchKG) und weist darauf hin, dass die vom Obergericht erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Beschwerderecht von der Lehre stark kritisiert und von anderen kantonalen Gerichten nicht befolgt werde.

3.1. Gemäss Art. 191 SchKG kann der Schuldner die Konkursöffnung selber beantragen, indem er

sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt (Abs. 1); der Richter eröffnet den Konkurs, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Art. 333 ff. SchKG besteht (Abs. 2). Auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgten Konkurseröffnungen ist unter anderem Art. 174 SchKG anwendbar (Art. 194 SchKG), wonach der Entscheid des Konkursgerichtes innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden kann (Abs. 1 erster Satz), und womit das Novenrecht der Parteien geregelt wird (Abs. 1 zweiter Satz).

3.2. Das Bundesgericht hat sich mehrfach mit der Rechtsmittellegitimation von am Konkurseröffnungsverfahren nicht beteiligten Gläubigern befasst.

3.2.1. Nach einem Urteil aus dem Jahre 1906 kann ohne Willkür angenommen werden, dass gegen Konkurskenntnisse aufgrund von Art. 191 SchKG ein Rechtsmittel (Berufung) an die obere kantonale Kursinstanz auch den Gläubigern des Gemeinschuldners zustehe (BGE 32 I 25 E. 1 [S. 30/31]).

3.2.2. In BGE 111 III 66 (E. 2 am Ende; sowie BGE 118 III 33 E. 3) erachtete das Bundesgericht hingegen nicht als willkürlich, dass das kantonale Gericht dem Drittgläubiger die Legitimation zur Berufung abgesprochen hatte. In BGE 123 III 402 (E. 3b) wurde diese Auffassung auch mit Geltung nach der SchKG-Revision von 1994/1997 bestätigt.

3.2.3. Im Urteil 5A 43/2013 vom 25. April 2013 konnte das Bundesgericht zur Frage, ob Drittgläubiger, die nicht selbst das Konkursbegehren gestellt haben, das Konkurskenntnis weiterziehen können, mit unbeschränkter Kognition Stellung nehmen. Es hat die Beschwerdelegitimation unter Hinweis auf BGE 111 III 66 und BGE 123 III 402 verneint (E. 2). Kern der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei, dass die Konkursöffnung blosse Reflexwirkungen auf die Gläubigerrechte habe (BGE 111 III 66 E. 2 [S. 68]) und Art. 174 Abs. 1 SchKG, auf welchen Art. 194 SchKG verweist, ausdrücklich von den "Parteien" spreche (BGE 123 III 402 E. 3a [S. 403]). Gläubiger, welche nicht selbst das Konkursbegehren gestellt hätten, würden nicht am Konkurs (eröffnungs) verfahren teilnehmen; sie seien deshalb keine Parteien im Sinn von Art. 174 Abs. 1 SchKG. Im Übrigen hätten Gläubiger keine geschützte Position mit Bezug auf eine bestimmte Art der Zwangsvollstreckung; vielmehr würden die Modalitäten der Forderungsdurchsetzung gerade durch das SchKG geregelt, nach dessen Bestimmungen es auch bei einem grundsätzlich nicht der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner (vgl. Art. 39 SchKG) zum Konkurs kommen könne. Dass die Eröffnung des Konkurses konkrete Auswirkungen auf die Gläubiger habe, liege in der Natur der Sache; indes handle es sich dabei um Reflexwirkungen.

3.3. Die kantonale Praxis und die Lehrmeinungen sind nicht einheitlich.

3.3.1. Die neuere kantonale Rechtsprechung scheint dem Bundesgerichtsurteil 5A 43/2013 zu folgen (Obergericht/ZG, Urteil vom 29. März 2018 E. 3.3, BISchK 2018 S. 201; Kantonsgericht/FR, Urteil 102 201 57 vom 26. April 2021 E. 2.1; Cour de justice/GE, Urteil ACJC/193/2022 vom 8. Februar 2022 E. 1.3.1; Tribunale d'appello/TI, Urteil 14.2018.191 vom 26. März 2019 E. 2.2/b).

3.3.2. Die jüngste Waadtländer Praxis hat sich eingehend mit Rechtsprechung und Lehre befasst. Sie wendet sich gegen die erwähnten Bundesgerichtsurteile (BGE 111 III 66; 123 III 402; Urteil 5A 43/2013 vom 25. April 2013) und erlaubt dem Drittgläubiger, die Eröffnung des Konkurses nach Art. 191 SchKG anzufechten, wobei im konkreten Fall Rechtsmissbrauch gerügt wurde. Es sei gerechtfertigt, dass das schutzwürdige Interesse des Schuldners am Privatkonkurs überprüft werde (Tribunal cantonal/VD, JdT 2020 III 21 S. 26, so bereits die Walliser Praxis gemäss Tribunal cantonal/VS, ZWR 1997 S. 202).

3.3.3. In der Literatur wird die waadtländische Rechtsprechung mit Blick auf den Privatkonkurs bestätigt (GIROUD/THEUS SIMONI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 14 zu Art. 174 SchKG; HJ. PETER, Le point sur le droit des poursuites et des faillites, SJZ 2021 S. 767). Nach anderer Auffassung wird betreffend die Legitimation des Drittgläubigers am ablehnenden Standpunkt festgehalten (BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 28 zu Art. 191 SchKG, mit Hinweis auf das erwähnte Urteil 5A 43/2013).

3.4. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Verweigerung ihrer Beschwerdelegitimation bundesrechtskonform sei: Im Verfahren der Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG - ein

Einparteienverfahren - seien ihre Rechte als Gläubigerin nicht bloss reflexweise, sondern unmittelbar und hinreichend stark betroffen, um eine Anfechtung zu rechtfertigen. Sie verweist auf die entsprechende kantonale Praxis (E. 3.3.2) und stützt ihre Kritik auf die Lehre (u.a. GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl. 2012, Rz. 1565, 1566; AMONN/ GASSER, Rechtsprechung [...], ZBJV 1998 S. 564; MEIER, Konkursrecht: Revisionspunkte und aktuelle Fragen, ZSR 1996 I S. 285). Die Beschwerdeführerin folgert, dass die von ihr erhobene Rüge der fehlenden örtlichen bzw. internationalen Zuständigkeit zur Anordnung des Konkurses zur Beschwerde nach ZPO berechtige.

3.4.1. Das Bundesgericht hat bereits in BGE 111 III 66 festgehalten, dass die Regeln über den Ort der Konkurseröffnung (auch) im Interesse der Gläubiger aufgestellt und zwingender Natur seien. Es hat deshalb einen Vorbehalt zum fehlenden Beschwerderecht angebracht: Da im Verfahren von Art. 191 SchKG naturgemäss keine vorgängige Betreuung stattfindet und keine Konkursandrohung erlassen wird, möge es gerechtfertigt sein, den Drittgläubigern zu gestatten, ihr Interesse an der Durchführung des Konkurses am richtigen Ort auf dem Weg eines Rechtsmittels zur Geltung zu bringen (BGE 111 III 66 E. 2 am Ende, mit Hinweis auf JAEGER, Schuldbetreibung und Konkurs, 1911, N. 3 zu Art. 191 SchKG; BAUMANN, Die Konkurseröffnung [...], 1979, S. 142 Anm. 1). Damit kommt zum Ausdruck, dass das Bundesgericht die Interessen der Drittgläubiger mit Bezug auf die Zuständigkeit zur Eröffnung des Privatkonkurses in besonderer Weise gewichtet.

3.4.2. Wohl hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung (BGE 111 III 66; 123 III 402) mit Urteil 5A 43/2013 vom 25. April 2013 in freier Kognition bestätigt. Über den Vorbehalt, wonach die Beschwerde des Drittgläubigers mit der bestimmten Rüge (Unzuständigkeit) erlaubt sei, hat es indes nicht abschliessend entschieden: In BGE 111 III 66 (E. 2 am Ende) war der Vorbehalt ausdrücklich nicht ausschlaggebend, weil es nicht um die örtliche Zuständigkeit ging. Auch im Rahmen von BGE 123 III 402 (sowie von BGE 118 III 33) stand nicht die Beschwerdelegitimation des Drittgläubigers im Falle eines angeblich vom örtlich unzuständigen Konkursgerichts ausgesprochenen Privatkonkurses in Frage. Dass es willkürlich wäre, dem Drittgläubiger das Recht zur Beschwerde mit einer Unzuständigkeitsrüge zuzusprechen, lässt sich aus den Urteilen nicht ableiten, ebenso wenig aus dem Urteil 5A 43/2013, womit lediglich auf die Urteile BGE 111 III 66 und BGE 123 III 402 verwiesen wird und ebenfalls keine Zuständigkeitsfrage aufgeworfen wurde.

3.4.3. Bei der nicht am richtigen Ort abgegebenen Insolvenzerklärung geht es um gewichtige Interessen des Drittgläubigers; die Verunmöglichung der Konkurseröffnung am zuständigen Ort kann für die Gläubiger einen schweren Nachteil bedeuten (vgl. GULDENER, Zwangsvollstreckung und Zivilprozessrecht, ZSR 74 I S. 59). Dies wird mit dem Vorbehalt in BGE 111 III 66 betont und wurde bereits in BGE 32 I 25 (E. 1 [S. 30/31]) hervorgehoben, wo es um einen Konkurs nach Art. 191 SchKG ging: Das Bundesgericht hat festgehalten, dass nicht einzusehen sei, warum den Gläubigern nicht das Recht eingeräumt werden sollte, "insbesondere" von einer örtlich unzuständigen Behörde erlassene Konkurserkenntnis aufzutreten. Mit guten Gründen wird auf diese Rechtsprechung zur Rüge betreffend die Eröffnungszuständigkeit hingewiesen (BRAND, Konkursgründe II, SJK Nr. 994, 1947, S. 3, Anm. 8; vgl. RUTZ, in: Weiterziehung des Konkursdekretes, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Angst/Cometta/Gasser [Hrsg.], 2000, S. 351). Nichts steht entgegen, den in BGE 111 III 66 (E. 2) bereits ausdrücklich erwähnten Vorbehalt anzuwenden und die Zuständigkeitsrüge zu erlauben, um insoweit den Interessen der Gläubiger im Falle des Privatkonkurses zum Durchbruch zu verhelfen. Hingegen ist hier nicht zu erörtern, was für die Rüge des Rechtsmissbrauchs gilt oder wie es sich in Verfahren verhält, in welchen der Konkurseröffnung ein Konkursbegehren des betreibenden Gläubigers vorangegangen ist.

3.5. Nach dem Dargelegten ist die Beschwerdeführerin als Drittgläubigerin berechtigt, den gegenüber der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 191 SchKG eröffneten Konkurs mit der Rüge anzufechten, der Konkurs sei nicht am richtigen Ort eröffnet worden. Das Nichteintreten des Obergerichts auf die Beschwerde ist mit Bundesrecht nicht vereinbar.

Entgegen den Beschwerdeanträgen (Ziff. 1 und 2) ist weder über die blosser Nichtigkeit der Konkurseröffnung zu entscheiden, auf deren Prüfung sich das Obergericht beschränkt hat, noch ist die Sache spruchreif, um die örtliche Zuständigkeit des Konkursgerichts zu beurteilen. In Gutheissung der Beschwerde (gemäss Beschwerdeantrag Ziff. 3) und Aufhebung des Nichteintretensentscheides ist die Sache vielmehr an die Vorinstanz zur weiteren Behandlung der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

Nach dem Dargelegten ist der Beschwerde Erfolg beschieden. Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben und die Sache an das Obergericht zur neuen Entscheidung zurückzuweisen. Das Gleiche gilt für die neue Festsetzung der Prozesskosten im kantonalen Verfahren (Art. 67 BGG).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 BGG). Zuzufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege am 1. Oktober 2021 sind die Gerichtskosten vorläufig auf die Bundesgerichtskasse zu nehmen. Ihr als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigeordneter, teils substituierter Vertreter ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen. Die Beschwerdegegnerin wird darauf hingewiesen, dass sie der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie dazu später in der Lage ist (Art. 64 Abs. 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Mai 2021 wird aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen.

2.

Die Sache wird zur neuen Festsetzung der Prozesskosten im kantonalen Verfahren an das Obergericht zurückgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt, indes vorläufig auf die Gerichtskasse genommen.

4.

Der Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen.

5.

Rechtsanwalt Andreas Hauenstein, teilweise substituiert durch Rechtsanwältin Maria Ingold, wird für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 4'000.-- ausgerichtet.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, dem Konkursamt Küsnacht, dem Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, dem Grundbuchamt Küsnacht, dem Grundbuchamt Riesbach-Zürich, Zürich, dem Grundbuchamt Stäfa, dem Grundbuchamt Meilen und dem Grundbuchamt Männedorf mitgeteilt.

Lausanne, 14. Dezember 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Levante