

**Art. 241 ZPO, Rückzug der Klage.** *Nach dem Rückzug des Konkursbegehrens ist das Verfahren nicht weiter zu führen.* **Art. 59 ZPO, Prozessvoraussetzungen.** *Ist eine Prozessvoraussetzung (hier: die Leistung des vom Gericht verlangten Vorschusses) nicht erfüllt, darf auf die Sache nicht eingetreten werden.*

Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich wies mit Urteil vom 30. Mai 2013 das Konkursbegehren der Gläubigerin ab und auferlegte die Spruchgebühr von Fr. 200.– der Schuldnerin. Mit Eingabe vom 12. Juni 2013 erhob diese dagegen Beschwerde. Die beigezogenen Akten erlaubten es nicht, das durchgeführte Verfahren zu verstehen. Erst nach zweimaliger Fristansetzung gab das Konkursgericht dem Obergericht die nötigen ergänzenden Aufschlüsse. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.1 Vorweg ist festzustellen, dass die Akten des Konkursrichters unvollständig und seine Prozessleitung missverständlich waren.

Die an die Parteien versandten Vorladungen, damit verbunden die Fristansetzung an die Gläubigerin zur Leistung des Kostenvorschusses, fehlten im Dossier. Sie wurden nachgebracht.

An die Parteien wurde zuerst eine gerichtliche "Vorladung und Kautionsauflageverfügung" versandt mit dem Vermerk, die Verhandlung finde statt "am Donnerstag, 18. April 2013, 08:00 Uhr". Diese Sendung wurde der Schuldnerin am 19. April 2013 zugestellt, für eine Zustellung an die Gläubigerin gibt es keinen Beleg. Eine Reaktion darauf findet sich im Dossier nicht. Der Einzelrichter belehrt das Obergericht, "offensichtlich" habe es sich bei dieser Mitteilung um ein Versehen gehandelt. Das ist dem Obergericht nicht entgangen. Ob die von der Vorladung betroffenen Parteien das Dokument so genau studierten, dass sie die Übereinstimmung von Aufgabe- und Verhandlungsdatum erkannten, muss aber bezweifelt werden. Es wäre im Sinne von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) angezeigt gewesen, dass der Konkursrichter die Parteien auf den Irrtum aufmerksam gemacht hätte. Statt dessen erliess er ohne Kommentar ("ersetzt Vorladung vom 18.4.13" steht als handschriftlicher Vermerk nur auf dem internen "Vorladungsprotokoll") eine neue Vorladung, dieses Mal auf den 30. Mai 2013. Auch hier ist nur die Zustellung an die Schuldnerin dokumentiert; ob die Vorladung der Gläubigerin zuzuging, ist aufgrund der Akten nicht feststellbar.

Am 27. Mai 2013 ging beim Einzelrichter ein am 24. Mai 2013 zur Post gegebener Brief der Gläubigerin ein. Unter dem Titel "Rückzug des Konkursbegehrens" schrieb sie: "Hiermit ziehen wir das Gesuch um Eröffnung des Konkurses in diesem Fall zurück. Bitte erstellen Sie die Abschreibungsverfügung erst nach Verfall der Verhandlung".

Nach dem Text der vom Konkursrichter angeblich an die Gläubigerin versandten "Vorladung und Kautionsauflageverfügung" war der Gläubigerin Frist angesetzt worden, bis zum Termin der Verhandlung Fr. 1'800.-- als Kostenvorschuss zu zahlen. Als Säumnisfolge war Nichteintreten auf das Gesuch unter Auflage von Fr. 200.-- Gerichtskosten angedroht. Der Vorschuss wurde nicht bezahlt.

Am Verhandlungstermin des 30. Mai 2013 erschien nach Auskunft des Konkursrichters lediglich ein Vertreter der Schuldnerin. Er reichte zwei Belege ein, wonach die Schuldnerin gleichentags der Gläubigerin Fr. 20.-- und Fr. 1'451.35 per Post bezahlt habe.

2.2 a) Das Konkursgericht ist frei, ob es im Sinne von Art. 169 Abs. 2 SchKG vom Gläubiger einen Vorschuss verlangen will. Tut es das nicht, darf es die Konkurseröffnung nicht von der Leistung eines nachträglich zu zahlenden Vorschusses abhängig machen (KuKo SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 169 N. 5 a. E.). Wenn es einen Vorschuss verlangt, wird dieser aber zur Prozessvoraussetzung (KuKo SchKG a.a.O.; BSK SchKG II-Nordmann 2. Aufl. 2010, Art. 169 N. 24), und der Konkurs darf nicht eröffnet werden, wenn es an der Voraussetzung fehlt (BGE 118 III 27 E. 2 b). Unter diesem Aspekt wäre es wünschenswert, wenn den Akten des Konkursgerichts entnommen werden könnte, dass ein Kostenvorschuss einverlangt wurde, und dass diese Anordnung der Gläubigerin zugänglich. Beim Bezirksgericht Zürich wird es offenbar anders gehandhabt: im dem Obergericht übermittelten Dossier war weder die Fristansetzung ersichtlich (sie war mit der Vorladung verbunden worden, welche nicht zu den Akten genommen worden war), noch gab es für diese Vorladung einen Empfangsschein. Immerhin scheint das nur selten zu Problemen zu führen.

Das Verfahren des Konkursgerichts richtet sich seit dem 1. Januar 2011 nach der schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 166 Abs. 1 SchKG / Art. 251 lit. a ZPO). Diese sieht für ein Gericht zu leistende Vorschüsse und Sicherheiten generell vor, dass nach Ablauf der gesetzten Frist eine Nachfrist angesetzt werden muss (Art. 101 Abs. 2 ZPO). Das führte im Verfahren der Konkurseröffnung zu Unzukömmlichkeiten und wäre mit dem Bedürfnis nach einer beförderlichen Behandlung des Konkursbegehrens (das sich etwa in Art. 168 SchKG zeigt, wonach die Parteien auf nur drei Tage hinaus vorgeladen werden dürfen) nur schwer vereinbar. Allerdings ist Art. 101 Abs. 3 ZPO in der Praxis auch in anderen Fällen sehr hinderlich, und praktische Bedenken würden kaum ausreichen, um ihn nicht anzuwenden. Man kann aber auch argumentieren, Art. 101 Abs. 3 ZPO beziehe sich primär auf Fristen für Vorschüsse, welche in der ZPO ihre Grundlage haben. Wegen der ungenügenden Koordination bei der Gesetzgebung lässt sich die Fristansetzung beim Vorschuss des Konkurs-Gläubigers zwar sowohl auf Art. 169 Abs. SchKG als auch auf Art. 98 ZPO abstützen (eine andere solche Merkwürdigkeit findet sich in den Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG und Art. 309 lit. b Ziff. 7 / 319 lit. a / 321 Abs. 2 ZPO). Spezieller ist die Vorschrift des SchKG, und sie galt auch schon vor dem Inkrafttreten der ZPO. Damit ist es mindestens vertretbar, die Frist zur Leistung des Vorschusses für die Konkurskosten vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 ZPO auszunehmen.

Ein ähnliches Problem stellt sich bei der Frage, wann die Frist gewahrt ist. Art. 143 Abs. 3 ZPO lässt es für die Zahlung an ein Gericht genügen, dass der Betrag rechtzeitig zu Händen des Gerichts der schweizerischen Post übergeben *oder einem schweizerischen Post- oder Bankkonto belastet* wurde (Hervorhebung beigefügt). Das ist bei der kurzfristig anzusetzenden Konkursverhandlung und der Anweisung des Gesetzes, ohne Aufschub zu entscheiden (Art. 171 SchKG), wenig praktikabel. Der Gesetzgeber hat (auch) in diesem Punkt die Konsequenzen offenkundig nicht bedacht. Diese "Fahrlässigkeitslücke" muss im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB so gefüllt werden, dass das Konkursgericht den Nachweis der Zahlung bis zum Zeitpunkt der Verhandlung verlangen darf.

Im heute zu entscheidenden Fall teilt der Konkursrichter auf Anfrage mit, der Kostenvorschuss sei nicht bezahlt worden. Falls die Fristansetzung der Gläubigerin zugestellt wurde - was sich wie gesehen aus den Akten nicht ergibt -, hätte auf das Begehren um Konkursöffnung nicht eingetreten werden sollen. Dafür wäre ein ausdrücklicher Entscheid erforderlich gewesen. Das braucht aber aus den nachstehenden Gründen nicht weiter vertieft zu werden:

b) Die Verhandlung über das Konkursbegehren war wie gesehen angesetzt auf (Donnerstag) den 30. Mai 2013. Am 27. Mai 2013 ging dem Konkursgericht ein Schreiben der Gläubigerin zu, sie ziehe das Konkursbegehren zurück. Die Gläubigerin schrieb ohne nähere Erläuterung, "Bitte erstellen Sie die Abschreibungsverfügung erst nach Verfall der Verhandlung". Der Konkursrichter zeigte darauf keine aktenkundige Reaktion. Am 30. Mai 2013 erschien nach seiner Angabe (in den Akten wiederum nicht dokumentiert) ein Vertreter der Schuldnerin zur Verhandlung und legte Kopien von zwei Belegen vor, wonach der Gläubigerin gleichentags um 10 Uhr per Post Fr. 20.-- und Fr. 1'451.35 bezahlt worden waren. Daraufhin fällte der Konkursrichter den angefochtenen Entscheid, mit welchem er das Konkursbegehren abwies und die Kosten der Schuldnerin auferlegte. Die Bemerkung zu den der Schuldnerin auferlegten Kosten ("sie sind bezahlt") findet in den Akten des Konkursrichters keine Stütze. Die Schuldnerin schreibt aber in ihrer Beschwerde, die Fr. 200.-- seien zu Unrecht von ihr bezogen worden und verlangt sie zurück, was die Behauptung im angefochtenen Entscheid bestätigt.

Die Erklärung der Gläubigerin, sie ziehe das Konkursbegehren zurück, erledigte das Verfahren unmittelbar und ohne dass es einer Anordnung durch den Konkursrichter bedurfte (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Weshalb der Konkursrichter noch verhandelte, ist nicht klar. Der Wunsch der Gläubigerin, die Abschreibungsverfügung erst nach "Verfall der Verhandlung" zu erlassen, war kein Vorbehalt für den Rückzug (der diesen jedenfalls fürs Erste ungültig gemacht hätte). Wie sich aus den Akten ergibt, hatte die Schuldnerin im Zeitpunkt des Rückzuges auch noch gar nichts bezahlt. Auf welcher Grundlage der Rückzug erfolgte, ging das Gericht

nichts an - es hatte sein Verfahren lediglich noch formell abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO).

Der Entscheid des Konkursrichters, das Konkursbegehren abzuweisen, war unrichtig. Für die Schuldnerin spielt es aber keine Rolle, ob das Verfahren so oder anders erledigt wird, insofern ist sie nicht beschwert und ist auf ihre Beschwerde nicht einzutreten (Art. 59 ZPO). Nicht berechtigt wäre ihr Antrag, das Verfahren über das Konkursbegehren mit Nichteintreten zu erledigen. Das wäre zutreffend, wenn es um die abgelaufene Frist für den Vorschuss ginge - diese wurde aber wie gesehen überholt von der Erklärung des Rückzugs.

c) Zutreffend ist allerdings, dass der Konkursrichter die Kosten nicht hätte der Schuldnerin auferlegen dürfen. Wohl hat primär sie das Verfahren durch ihre Säumnis veranlasst. Rückzug des Begehrens gilt aber als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), und aus der Rückzugserklärung der Gläubigerin waren keine Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise andere Kostenverlegung zu entnehmen.

In diesem Punkt ist die Beschwerde gutzuheissen, und die Kosten sind der Gläubigerin aufzuerlegen.

d) Die Schuldnerin wünscht sich, dass das Obergericht die Konkursrichterinnen und Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich anweise, dem Schuldner vor der Konkursverhandlung mitzuteilen, ob der Gläubiger den Kostenvorschuss geleistet habe.

Für allgemeine Weisungen besteht keine Handhabe, sie würden die richterliche Unabhängigkeit verletzen. In diesem Punkt ist die Beschwerde abzuweisen.

Immerhin dürfte aus den vorstehenden Erwägungen deutlich geworden sein, dass eine Mitteilung über die Zahlung vor der Konkursverhandlung kaum möglich ist, weil die Gläubigerin den Nachweis der Zahlung wie gesehen bis zur Verhandlung selbst erbringen kann. Dem Schuldner ist also so oder so nicht erspart, der Vorladung Folge zu leisten, will er sich über die Zahlung kundig machen. Immerhin kann er aber *an* dieser Verhandlung gestützt auf die Grundsätze des rechtli-

chen Gehörs und der Akteneinsicht (Art. 54 ZPO) verlangen, dass ihm mitgeteilt wird, ob ein einverlangter Vorschuss geleistet wurde. Falls nein, hat er Anspruch auf Nichteintreten auf das Konkursbegehren (oben, E. 2.2 a, 1. Absatz).

3. Angesichts der speziellen Situation ist es angezeigt, die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen, da für eine Entschädigung aus der Gerichtskasse eine gesetzliche Grundlage fehlt.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 9. September 2013  
Geschäfts-Nr.: PS130105-O/U