

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170195-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 19. September 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **SA**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. August 2017 (EK171047)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 3. August 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 5'671.60 nebst 5% Zins seit 15. März 2015 zuzüglich Fr. 500.– Administrative Spesen und bisherige Betreuungskosten (act. 3 = act. 5/9).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Schreiben vom 25. August 2017, beim Schalter des Obergerichts abgegeben am 28. August 2017, Beschwerde (act. 2). Nach Eingang der vorinstanzlichen Akten (act. 5/1-12) wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 1. September 2017 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 8). Diese Frist liess die Gläubigerin unbenutzt verstreichen, weshalb das Verfahren androhungsgemäss ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen ist (Art. 147 ZPO). Den Kostenvorschuss von Fr. 750.– für die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der Schuldner bereits mit Einreichung der Beschwerde bei der Obergerichtskasse bezahlt (act. 6).

II.

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. Mit der Beschwerde können aber auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie die nicht oder nicht richtige Vorladung zur Verhandlung des Konkursrichters – gerügt werden. Diese sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. A, Basel 2014, Art. 174 N 7).

2. Der Schuldner beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung. Er macht sinngemäss geltend, die Vorladung zur Konkursverhandlung und das Urteil betreffend die Konkursöffnung seien ihm nicht ordnungsgemäss zugestellt worden. Von der Konkursöffnung – so der Schuldner – habe er erst erfahren, als sein Konto bei der Raiffeisenbank gesperrt gewesen sei. Momentan wohne er in C._____ [Ortschaft in Deutschland] und seine Wohnung in D._____ [Ortschaft] sei untervermietet. Die Untermieter hätten ihn nie Post weitergeleitet. Da man ihn auch telefonisch nicht kontaktiert habe, habe er nicht reagieren können. Das Urteil vom 3. August 2017 habe er nie erhalten (act. 2; vgl. auch act. 7).

3. Eine korrekte 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). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, *sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste*.

3.1. Gemäss den beigezogenen Akten der Vorinstanz verlief der zweimalige Versuch, dem Beschwerdeführer die Vorladung per Gerichtsurkunde zuzustellen, erfolglos. Die Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung vom 3. August 2017 wurde jeweils mit dem Vermerk "Rücksendung - nicht abgeholt" von der Post retourniert (act. 5/7-8). Aus den Akten der Vorinstanz ergibt sich überdies, dass das Urteil vom 3. August 2017 dem Schuldner nicht zugestellt wurde. Auch diese Sendung wurde von der Post mit dem Vermerk "Rücksendung - nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (act. 5/12). Zwar erhielt der Schuldner in der Folge mutmasslich (vermutlich von der Raiffeisenbank und/oder dem Konkursamt) Kenntnis vom Urteil über die Konkursöffnung (vgl. act. 2 und 7). Für den Lauf der Rechtsmittelfrist wird aber ungeachtet einer solchen Information auf die förmliche Zustellung des Entscheids abgestellt. Die Information durch das Konkursamt, allenfalls auch mit der Aushändigung einer Kopie des Entscheids, ersetzt die förmliche Zustellung nicht (vgl. DIGGELMANN, Rechtsmittel gegen die

Konkurseröffnung, in: ZZZ 2016, Rechtsklärung und Rechtsdurchsetzung nach SchKG, Sonderausgabe für Ingrid Jent-Sørensen, S. 99 mit Hinweisen).

3.2. Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 ZPO, denn diese setzt wie gesehen voraus, dass *der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste*. Da die Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung vom 3. August 2017 dem Schuldner nicht zugestellt wurde, musste er nicht mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen. Die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihm gerichtliche Entscheide zugestellt werden können (ZR 104 [2005] Nr. 43; vgl. auch BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Folglich wurde der Schuldner nicht korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen, was der Konkurseröffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. Die Sache ist zur Neuansetzung resp. Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

3.3. Der Schuldner hat Folgendes zu beachten: dem Konkursbegehren der Gläubigerin ist stattzugeben, wenn er (der Schuldner) beim Konkursgericht nicht einen Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 172 f. SchKG dartut. Der Schuldner führte in seiner Beschwerde aus, um den Konkurs abzuwenden sei er bereit, die ausstehende Forderung samt Kosten und Zinsen zu bezahlen (act. 2). In der Tilgung aller in der Konkursandrohung enthaltener Positionen (der Zins bis zur effektiven Zahlung gerechnet) würde ein gesetzlich vorgesehener Konkurshinderungsgrund bestehen. Zudem ist der Schuldner darauf hinzuweisen, dass er sich – nachdem er nun vom Verfahren Kenntnis hat – sorgfältig um seine Post vom Konkursgericht wird kümmern müssen. Würde er die neue Vorladung zur Verhandlung nicht abholen, gälte die Zustellung als am letzten Tag der Abholfrist gültig erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

III.

Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten des Schuldners oder der Gläubigerin veranlasst wurde, sind die zweitinstanzlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Der geleistete Kostenvorschuss wird dem Schuldner zurückzuerstatten sein, vorbehalten allfälliger Schulden gegenüber der Gerichtskasse. Eine gegenseitige Entschädigungspflicht entfällt (Art. 106 ZPO). Für eine Entschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-JENNY, 3. A., 2016, Art. 107 N 26; URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, Art. 107 N 13; vgl. auch BGE 139 III 471).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. August 2017 aufgehoben, und die Sache wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien,
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten)
 - das Konkursamt Wiedikon-Zürich,
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
 - das Betreibungsamt Zürich 3,je gegen Empfangsschein.

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am:
21. September 2017