

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150095-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 12. Juni 2015

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____, [Vorsorgestiftung]

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. Mai 2015 (EK150130)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 19. Oktober 1983 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber des Einzelunternehmens mit der Firma "A._____, ... " eingetragen (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 22. Mai 2015 (act. 3) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über den Schuldner für die Forderung der Beschwerdeführerin und Gläubigerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 20'355.70 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten.

Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 5. Juni 2015 Beschwerde. Er verlangt, die Konkursöffnung sei aufzuheben (act. 2).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 8. Juni 2015 (act. 9) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Auf die Ansetzung einer Frist zur Leistung des Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner diesen bereits geleistet hatte (act. 2 S. 5, act. 5/3).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-6). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. 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 gerügt werden. Diese sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, 2. Aufl., Art. 174 N 7).

2.2. Der Schuldner führte u.a. aus, er habe aufgrund seiner Auslandabwesenheit die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht entgegennehmen können (act. 2 S. 9 Rz. 20). Dies ist im weiteren Zusammenhang als Rüge zu verstehen, er sei zur Verhandlung nicht richtig vorgeladen geworden.

Eine 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*.

Aus den Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur vorinstanzlichen Verhandlung vom 21. Mai 2015 zwei Mal per Gerichtsurkunde versandt und jeweils mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert wurde (act. 8/3). Damit hatte der Schuldner von der anstehenden Konkursverhandlung nicht aktenkundig Kenntnis.

Die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihn allfällige gerichtliche Vorladungen und Entscheide erreichen. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss ein Schuldner mit anderen Worten nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen. Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb nicht (vgl. zum Ganzen auch BGE 138 III 225).

Folglich wurde der Schuldner durch die Vorinstanz nicht korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen, was der Konkursöffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

2.3. Der Schuldner hat mit Einzahlung vom 2. Juni 2015 insgesamt Fr. 30'000.– beim Obergericht hinterlegt (act. 5/3). Dieser Betrag ist gemäss seinen Ausführungen wie folgt zu verwenden (act. 2 S. 5):

- Fr. 21'000.– für die Forderung der Gläubigerin von Fr. 19'643.30 zuzüglich Zinsen und Betreuungskosten, grosszügig gerundet,
- Fr. 1'000.– für den Kostenvorschuss des Beschwerdeverfahrens,
- Fr. 1'000.– für die Forderung der C._____ (Schweiz) AG über Fr. 516.25 zuzüglich Zinsen und Betreuungskosten (Betreibung Nr. ...),
- Fr. 7'000.– für die Forderung der D._____ AG über Fr. 5'665.90 zuzüglich Zinsen und Betreuungskosten (Betreibung Nr. ...).

Weiter hat der Schuldner belegt, Fr. 1'100.– beim Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur hinterlegt zu haben zur Deckung der erstinstanzlichen Spruchgebühr und der bis anhin entstandenen und noch entstehenden Kosten des Konkursamtes (act. 5/7).

Vorliegend erübrigt sich somit die Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Da die Obergerichtskasse den für die Gläubigerin hinterlegte Betrag im Umfang der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten der Gläubigerin ausbezahlen wird, ist so zu verfahren, wie wenn der Schuldner die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters getilgt hätte.

2.4. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Immerhin bleibt anzumerken, dass dem Schuldner wohl nicht gelungen wäre, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

3.

Die erstinstanzlichen Kosten sind dem Schuldner aufzuerlegen, da seine Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. Mai 2015, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom hinterlegten Betrag der Gläubigerin Fr. 20'355.70 auszubezahlen.
Fr. 1'000.– sowie Fr. 7'000.– sind an das Betreibungsamt Oberwinterthur zu überweisen, unter Angabe der in Erw. 2.3. genannten Betreibungsnummern.
Der Rest der hinterlegten Summe, d.h. Fr.1'644.30, ist dem Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur zu überweisen.
5. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 4'244.30 (Fr. 1'644.30 gemäss Disp. Ziff. 3, Fr. 1'100.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Grundbuchamt Oberwinterthur-Winterthur und an das Betreibungsamt Oberwinterthur, je gegen Empfangsschein.
7. 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 D. Weil

versandt am:
15. Juni 2015