

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS150109-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter  
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 7. Juli 2015

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **Versicherungen AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B. \_\_\_\_\_ Versicherungen AG, Inkasso,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-  
gerichtes Winterthur vom 10. Juni 2015 (EK150150)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Der Schuldner ist seit dem 15. Juli 2014 mit dem Einzelunternehmen A1.\_\_\_\_\_ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt das Unternehmen das Betreiben einer Spenglerei und Autolackiererei (act. 4/5 = act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 10. Juni 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 570.80 inklusive Zinsen und bisherige Betreuungskosten (act. 4/6 = act. 3).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 16. Juni 2015 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2; act. 4/7). Nach Eingang der vorinstanzlichen Akten (act. 4/1-7) wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 18. Juni 2015 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 7). Diese Frist liess die Gläubigerin unbenutzt verstreichen, weshalb das Verfahren androhungsgemäss ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen ist (Art. 147 ZPO). Auf die Einforderung eines Kostenvorschusses vom Schuldner wurde verzichtet.

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 – 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).

2.2. Der Schuldner beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung. Er macht geltend, dass ihm die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 9. Juni 2015 nicht ordnungsgemäss zugestellt worden sei. Es sei offenbar eine Zustellung an die falsche Adresse, nämlich an den ...weg ... in C.\_\_\_\_\_ (...) erfolgt. Er wohne jedoch seit dem 12. Mai 2015 an der ...strasse ... in D.\_\_\_\_\_. Ferner sei er in der Zeit vom 14. bis 15. Juni 2015 wegen einer Leisten-Operation im Kantonsspital ... gewesen. Infolge dessen habe er nicht an der Verhandlung teilnehmen und sich nicht zur Konkursöffnung äussern können (act. 2 S. 2).

3.

3.1. 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*.

3.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 9. Juni 2015, 13.45 Uhr, zweimal mit Gerichtsurkunde an den Schuldner verschickt wurde. Beide Male gelang die Zustellung nicht, die Vorladung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert (act. 4/4). Damit hatte der Schuldner von der anstehenden Konkursverhandlung nicht aktenkundig Kenntnis.

3.3. Ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht

des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihm gerichtliche Entscheide zugestellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss der Schuldner nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (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 Konkursöffnung 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).

Der Schuldner hat zu beachten, dass dem Konkursbegehren der Gläubigerin stattzugeben ist, wenn er beim Konkursgericht nicht einen Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 172 f. SchKG dartut. In der Tilgung aller in der Konkursandrohung enthaltener Positionen (der Zins bis zur effektiven Zahlung gerechnet) und der Kosten des Konkursgerichtes (welche dieses auf Anfrage bekannt gibt) 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 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).

4.

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). Eine gegenseitige Entschädigungspflicht entfällt (Art. 106 ZPO). Für eine Entschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-Jenny, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 107 N 26; Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12; BGE 139 III 471).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. Juni 2015 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 Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
  - das Konkursamt Wülflingen-Winterthur,
  - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie an das Betreibungsamt Seuzach,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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: