

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190051-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 28. März 2019

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. März 2019 (EK190163)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 6. März 2019 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 19. März 2019 beantragte der Beschwerdeführer rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 21. März 2019 entsprochen (act. 9). Ferner leistete der Beschwerdeführer unaufgefordert bei der Obergerichtskasse den üblicherweise erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 5/3 und act. 13).

2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Entsprechend und der Systematik folgend hat das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe aber vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen, sofern entsprechende Rügen vorgebracht werden (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 7).

3.1. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde geltend, er sei nicht gehörig zur vorinstanzlichen Konkursverhandlung vorgeladen worden. Er habe die Vorladung weder durch gerichtliche Zustellung noch per A-Post erhalten. Er habe erst am 11. März 2019 telefonisch durch das Konkursamt von der Konkursöff-

nung erfahren. Infolge der unzulässigen Zustellung habe er von der Vorladung keine Kenntnis erhalten und habe an der Verhandlung nicht teilnehmen können, weshalb sein rechtliches Gehör verletzt worden und die Konkursöffnung aufzuheben sei (act. 2 S. 5 ff.).

3.2. 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). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt oder erfolgt keine gültige Ersatzzustellung, so gilt sie gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss erst dann mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden, wenn ein Verfahrensverhältnis begründet wurde. Damit entsteht für die Partei die prozessuale Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass ihr während des hängigen Verfahrens Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können (BGer 7B.89/2004 vom 3. Juni 2004 E. 1.2.3.). Nach ständiger Praxis der Kammer vermag die Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt indes noch kein Prozessrechtsverhältnis in Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht zu begründen (ZR 104/2005 Nr. 43). Daraus folgt, dass im Falle misslungener postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkursöffnung erst aussprechen darf, wenn die Vorladung zur Konkursverhandlung dem Schuldner durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtsweweibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte. Andernfalls wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führen muss, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 15).

3.3. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 8) ist nicht ersichtlich, dass die Vorladung vom 1. Februar 2019 für die auf den 6. März 2019 angesetzte Konkursverhandlung (act. 8/6) dem Beschwerdeführer zugestellt wurde: Die gerichtliche Zustellung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retourniert und für die zweite Zustellung per A-Post fehlt es an einem Zustellungsnachweis (act. 8/8). In der Folge ist hier von einer nicht gehörigen Vorladung zur Konkursverhandlung auszugehen.

4. Demgemäss ist in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Entscheid aus dem genannten formellen Grund aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Folgerichtig wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von diesem Vorgehen kann indes dann abgesehen werden, wenn der Beschwerdeführer die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) bezahlt hat oder der Gläubiger ihm Stundung gewährt hat, denn diese Umstände müssten nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens führen. Das ist in der Folge zu prüfen. Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist diesfalls zu verzichten, weil der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nur dann nachzuweisen hat, wenn er sich auf einen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Vorliegend ist der Beschwerdeführer davon aber befreit, weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 12).

5. Der Beschwerdeführer belegt mit der Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 7 vom 18. März 2019 die vollständige Bezahlung der Konkursforderung (act. 5/4). In der Folge gälte die Schuld gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG als getilgt, weshalb das Konkursbegehren erstinstanzlich abzuweisen wäre. Ferner bezahlte der Beschwerdeführer an das Konkursamt Hottingen-Zürich am 18. März 2019 Fr. 1'400.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 5/5). Demnach ist vorliegend auf eine Rück-

weisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten und das Konkursbegehren abzuweisen.

6. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- ist dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, weil seine Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Beschwerdegegnerin zu Recht gestellt wurde. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.-- ist dem Beschwerdeführer zurückzuzahlen. Die Obergerichtskasse ist entsprechend anzuweisen. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (ADRIAN URWYLER/MYRIAM GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 107 N 13 m.w.H.). Ferner sind auch die Kosten des Konkursamts Hottingen-Zürich auf die Staatskasse zu nehmen (OGer ZH PS170032 vom 15. Februar 2017). Das Konkursamt Hottingen-Zürich ist für die Behandlung der ihm überwiesenen bzw. einbezahlten Kostenvorschüsse (Fr. 1'400.-- seitens der Beschwerdegegnerin via Konkursgericht und Fr. 1'400.-- seitens des Beschwerdeführers) zuständig.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. März 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes Hottingen-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Beschwerdeführer einbezahlten Betrag von Fr. 750.-- dem Beschwerdeführer zurückzuzahlen.
7. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.-- (Fr. 1'400.-- Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer Fr. 1'000.-- auszusahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksamtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hottingen-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Zürich 7 und das Grundbuchamt Hottingen-Zürich, je gegen Empfangsschein.
9. 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:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:  
29. März 2019