

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190145-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## Urteil vom 23. September 2019

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 7. August 2019 (EK190237)

**Erwägungen:**

1. Am tt. August 2019 wurde mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 8). Der Entscheid wurde dem Schuldner am 21. August 2019 am Postschalter zugestellt (act. 9/9). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte er die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 3. September 2019 wurde dem Gesuch entsprochen (act. 10). Die Sache erweist sich als spruchreif, weshalb keine weiteren Verfahrensschritte erforderlich sind.
2. In seiner Beschwerdeschrift macht der Schuldner unter Hinweis auf die Abrechnung des Betreibungsamtes geltend, er habe die Forderung der Gläubigerin samt Zinsen und Kosten, Fr. 1884.30, am 2. September 2019 dem Betreibungsamt Dietikon bezahlt (act. 2, act. 5/6). Damit sei die Forderung vor Konkurseröffnung getilgt worden und die Zahlungsfähigkeit nicht nachzuweisen (act. 2 S. 3-4).
3. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hindernde Gründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor (Art. 174 Abs. 1 SchKG; das in Abweichung des sonst geltenden Ausschlusses aller neuen Behauptungen gemäss Art. 326 ZPO) oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Hat sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklicht, so wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2

SchKG abgesehen (vgl. OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014). Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursgerichtes (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkursöffnung sichergestellt hat, bleibt dabei nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79).

4. a) Vorliegend wird geltend gemacht, die Forderung des Gläubigers sei schon vor der Konkursöffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt worden. Trifft dies zu, hätte das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG das Konkursbegehren abgewiesen, wenn ihm die Zahlung bekannt gewesen wäre.  
  
b) Der Konkurs gilt von dem Zeitpunkte an als eröffnet, in welchem er erkannt wird. Das Gericht stellt diesen Zeitpunkt im Konkurserkennnis fest. Art. 175 SchKG). Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat der Schuldner mit dem Einreichen der Abrechnung des Betreibungsamtes die vollständige Zahlung der Konkursforderung von Fr. 1884.30 am 2. September 2019 belegt (act. 2, act. 5/6). Damit ist aber eine konkurshindernde Tatsache dargelegt, welche nach dem erstinstanzlichen Entscheid vom tt. August 2019 eingetreten ist. Vor laufender Beschwerdefrist, nämlich am 12. August 2019, stellte der Schuldner beim Konkursamt Dietikon die Kosten des Konkursamtes und die Kosten der Vorinstanz sicher, insgesamt Fr. 1'000.– (act. 5/7). Für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.– leistete der Schuldner einen Vorschuss (act. 7 Valutaeingang 23. August 2019). Da der Konkurshinderungsgrund nach der Konkursöffnung eingetreten ist, müsste grundsätzlich auch die Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht werden, damit der Konkurs aufgehoben werden könnte. Vorliegend kann aber aus einem anderen Grunde davon abgesehen werden.
5. a) Der Schuldner brachte vor, infolge eines Eheschutzverfahrens habe er von zu Hause ausziehen müssen. Er habe bis heute noch keine längerfristige Wohnung für sich gefunden. Seine Ehefrau habe nur sporadisch und nur einen Teil der auf ihn lautenden Briefe und Unterlagen weitergeleitet. Es sei dann soweit gekommen, dass das Bezirksgericht die Vorladung zur Kon-

kurseröffnung publiziert habe. Aber natürlich lese er wie jeder andere nicht regelmässig die Anzeigen im Amtsblatt und habe infolgedessen keine Ahnung gehabt, dass über ihn ein Konkursverfahren stattfinden werde (act. 2 S. 5). Mit diesen Vorbringen rügt der anwaltlich vertretene Schuldner sinngemäss, dass er zur Verhandlung des Konkursgerichts nicht korrekt vorgeladen worden sei.

b) Die Beschwerde kann unter anderem auch mit einem Verfahrensfehler des Konkursgerichts begründet werden (Art. 320 ZPO; KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Auflage 2014, Art. 174 N 7).

Aus den vorinstanzlichen Akten ist ersichtlich, dass die dem Schuldner an seine bisherige Wohnadresse, C. \_\_\_\_\_-Strasse ... in D. \_\_\_\_\_ mit Gerichtsurkunde zugestellte Vorladung zur Konkursverhandlung nach Ablauf der sieben-tägigen Abholfrist von der Post mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 9/5 S. 2 Track&Trace-Auszug und Couvert). Mit dem zweiten Zustellversuch wurde das Stadttammannamt beauftragt (act. 9/5 S. 1). Dieses teilte der Vorinstanz umgehend mit, gemäss ihren Abklärungen vor Ort und der Einwohnerkontrolle sei der Schuldner weggezogen. Er sei bei der Einwohnerkontrolle wohl noch dort angemeldet, jedoch nicht mehr erreichbar. Der neue Wohn- bzw. Aufenthaltsort sei dem Amt nicht bekannt (act. 9/6 S. 3). Die Vorinstanz veranlasste darauf die Publikation der Vorladung im Amtsblatt vom tt.mm.2019 (act. 9/6 S. 1). Das Einzelgericht erachtete die erfolgten Zustellversuche an den Schuldner, letztlich mittels Publikation, offenbar als rechtsgenügend und eröffnete – da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren – den Konkurs (act. 8).

6. a) Das Gericht hat Vorladungen, Verfügungen und Entscheide sowie Eingaben der Gegenpartei den betroffenen Personen zuzustellen (Art. 136 ZPO). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 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. Ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Sendungen und 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 (Prozessrechtsverhältnis). Die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet nach konstanter Gerichtspraxis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren 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 somit nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (vgl. OGer ZH PS130065 vom 26. Juni 2013, Erw. II./3 mit weiteren Hinweisen). Das konkursrichterliche Verfahren wird vielmehr erst durch das Begehren des Gläubigers um Eröffnung des Konkurses – als neues Verfahren – in die Wege geleitet (BGE 138 III 225). Da der Schuldner mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, griff die Zustellungsfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO für die am 3. Juli 2019 versandte Vorladung (act. 9/5 S. 2) nicht, weshalb die Vorinstanz zu Recht einen weiteren Zustellversuch unternahm.

Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, durch den Gemeindeammann oder durch die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG). Die Zivilprozessordnung sieht in Art. 141 Abs. 1 auch die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt vor, nämlich dann, wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (lit. a), eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b), oder wenn eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in

der Schweiz bezeichnet hat (lit. c). Vorliegend interessiert vor allem die Anwendbarkeit von Art. 141 Abs. 1 lit. a und b ZPO. In der Regel darf erst von einer Unmöglichkeit ausgegangen werden, wenn ausreichende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger eine Zustellung vereitelt, indem er weder die eingeschriebene Postsendung abholt, noch zuhause persönlich angetroffen werden kann (KUKO ZPO-Weber, 2. Auflage 2014, Art. 141 N 2; Lukas Huber, DIKE-Komm ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 141 N 12 f.; BSK ZPO-Gschwend, 3. Auflage 2017, Art. 141 N 3). Es braucht drei formelle Versuche auf zwei verschiedenen Wegen damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf (vgl. dazu *OGerZH* PF150044 vom 2. September 2015). Auch die Unzumutbarkeit der ordentlichen Zustellung, also wenn diese mit ausserordentlichen zeitlichen, personellen oder finanziellen Umständen verbunden wäre, muss sich konkret abzeichnen. Immerhin darf sich das Gericht in beiden Fällen auf allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen stützen. In der Lehre werden als Beispiele Bürgerkriegswirren, eine gänzlich fehlende staatliche Struktur des Landes, die permanente Weigerung eines Regimes, Rechtshilfe zu leisten, oder der Umstand, dass Rechtshilfebegehren zwar entgegen genommen, aber in der Folge erst nach Jahren oder gar nicht bearbeitet werden, genannt (KUKO ZPO-Weber, 2. Auflage 2014, Art. 141 N 2; ZK ZPO-Staehelin, 3. Auflage 2016, Art. 141 N 2; BK ZPO-Frei, Art. 141 N 12; Lukas Huber, DIKE-Komm ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 141 N 18 ; BSK ZPO-Gschwend, 3. Auflage 2017, Art. 141 N 3). Daraus erhellt, dass die Wahl der ordentlichen Zustellungsart durchaus im Ermessen des Gerichtes liegt. Die Publikation gestützt auf den Auffangtatbestand gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO darf hingegen als ultima ratio nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die genannten Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

b) Nach dem oben Ausgeführten hätte die Vorinstanz vor der Publikation der Vorladung weitere Abklärungen bezüglich des Wohnortes des Schuldners tätigen müssen. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass die Ehefrau des Schuldners den Zahlungsbefehl am 9. April 2019 an der C.\_\_\_\_\_ -

Strasse ... in D.\_\_\_\_\_ entgegen genommen hatte (act. 9/2/2). Es wäre demnach nahe liegend gewesen, dass die Vorinstanz bei der Einwohnerkontrolle abgeklärt hätte, ob die Ehefrau des Schuldners noch an dieser Adresse wohnt und dann von der Ehefrau den Aufenthaltsort, eine E-Mailadresse oder Natelnummer des Schuldners in Erfahrung zu bringen versucht hätte. Mit diesen Erkenntnissen hätte der Schuldner höchst wahrscheinlich kontaktiert werden können und es hätte ihm dann die Vorladung entweder direkt auf dem Gericht übergeben oder durch einen Gerichtsweibel zugestellt werden können. Es gibt nämlich keine Hinweise dafür, dass die Unmöglichkeit von Zustellungen an den Schuldner allgemein- oder wenigstens gerichtsnotorisch gewesen wäre. Zu bemerken ist vielmehr, dass es dem Konkursamt Dietikon offenbar sehr rasch möglich war, den Schuldner zu kontaktieren. Dieser leistete die Sicherstellung der Kosten doch bereits am 12. August 2019 (act. 5/7). Aus diesen Gründen erweist sich die Publikation der Vorladung als unzulässig. Die Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung gilt aus diesem Grund nicht als zugestellt. Der angefochtene Entscheid über die Konkursöffnung ist wegen Verletzung des Anspruchs des Schuldners auf rechtliches Gehör aufzuheben (Art. 53 ZPO). Der Schuldner wurde nicht korrekt über die Verhandlung informiert, wie es Art. 168 SchKG verlangt.

7. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaligem Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich. Wie bereits ausgeführt, hat der Schuldner die Zahlung der Konkursforderung von Fr. 1884.30 am 2. September 2019 beim Betreibungsamt belegt und damit die vollständig Tilgung nachgewiesen (act. 2, act. 5/6). Ausserdem hat er innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzliche Spruchgebühr mit der Leistung eines Barvorschusses von Fr. 1'000.– beim Konkursamt Dietikon sichergestellt (act. 5/7).

8. Die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt (Art. 171 i.V.m. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben, und das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 13. Juni 2019 (act. 9/1) ist abzuweisen.
9. Die erstinstanzliche, aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene Spruchgebühr von Fr. 400.00 ist trotz Gutheissung der Beschwerde dem Schuldner aufzuerlegen, weil er der Gläubigerin mit seiner Zahlungssäumnis begründeten Anlass zum Konkursbegehren gegeben hat (vgl. OGer ZH PS130065 vom 26. Juni 2013, Erw. III./1.). Das Betreibungsamt ist anzuweisen, der Gläubigerin den vom Schuldner einbezahlten Betrag zu überweisen, sofern das noch nicht erfolgt ist.
10. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes Dietikon sind auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. auch dazu OGer ZH PS130065 vom 26. Juni 2013, Erw. III./2.).
11. Eine Parteientschädigung, was beantragt wurde, ist nicht zuzusprechen. Eine Ausnahmekonstellation, welche es rechtfertigen würde, eine Parteientschädigung aus der Staatskasse zu bezahlen (vgl. dazu OGer ZH PQ140037 vom 28. Juli 2014, Erw. 3.1 mit weiteren Hinweisen), liegt nicht vor. Die Gläubigerin kann nicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden, da sie sich der Beschwerde nicht entgegen stellte (vgl. OGer ZH NQ120031/U1 vom 15. Mai 2014, III./2.).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. August 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.

2. Die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes Dietikon werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt Dietikon wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Einzelgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und dem Schuldner Fr. 600.00 auszuzahlen.
6. Das Betreibungsamt Dietikon wird angewiesen, der Gläubigerin die vom Schuldner bezahlten Fr. 1'884.30 auszuzahlen, sofern das nicht bereits erfolgt ist.
7. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dietikon, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dietikon, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:  
27. September 2019