

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210149-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Sarbach, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 7. September 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 3. August 2021 (EK210219)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Eingabe vom 10. Mai 2021 (Datum Poststempel: 3. Juni 2021) gelangte die B._____ AG (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, fortan Gläubigerin) an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (fortan Vorinstanz). Sie machte geltend, der bei ihr versicherte A._____ (Schuldner und Beschwerdeführer, fortan Schuldner) sei seit längerer Zeit unbekanntem Aufenthalts. Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG sei über ihn für Forderungen aus unbezahlt gebliebenen Prämienrechnungen (inkl. Zinsen und Gebühren) im Umfang von Fr. 25'117.10 der Konkurs ohne vorgängige Betreuung zu eröffnen (act. 6/1). Als Belege über die getätigten Nachforschungen zur Adresse des Schuldners reichte die Gläubigerin eine Auskunft des Einwohneramtes der Stadt C._____, eine Auftragsrecherche der D._____ AG sowie einen Ausdruck der Internetsuche bei search.ch ein (act. 6/3/3-5). Die Vorinstanz holte zur Adresse des Schuldners am 15. Juni 2021 eine Auskunft bei der Einwohnerkontrolle C._____ ein (act. 6/5). In der Folge lud sie die Parteien zur Verhandlung auf den 3. August 2021 vor, den Schuldner mittels Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich (act. 6/6-8). Die Gläubigerin leistete am 1. Juli 2021 den von ihr einverlangten Kostenvorschuss (act. 6/9). Zur Verhandlung vom 3. August 2021 erschien keine der Parteien (Prot. Vi S. 2).

1.2. Mit Urteil vom 3. August 2021 eröffnete die Vorinstanz über den Schuldner den Konkurs. Die Vorinstanz kam unter Hinweis auf die von der Gläubigerin eingereichten Belege über die getätigten Adressnachforschungen zum Schluss, der Aufenthaltsort des Schuldners sei im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziffer 1 SchKG als unbekannt zu qualifizieren und es würden keine konkurshindernden Gründe vorliegen, weshalb dem Konkursbegehren stattzugeben sei (act. 6/10 =act. 3 S. 2).

2.

2.1. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 13. August 2021 (Datum Poststempel) fristgerecht Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 6/12). Er beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Wesentlichen macht der Schuldner geltend, dass sein Aufenthaltsort nicht unbe-

kannt sei. Er sei seit über 20 Jahren an der Adresse E._____ ... in C._____ erreichbar. Seine Schriften würden bei der Stadt C._____ liegen, er habe sich nie abgemeldet. Er halte sich fast jede Woche für mehrere Tage an diversen Standorten in C._____ und Umgebung auf. Schreiben des Betreibungsamtes C._____ seien immer an die genannte Adresse gegangen, offenbar diejenigen der Gläubigerin – obwohl seine Adresse unverändert und seine Telefonnummer bekannt sei – nicht (mehr), weshalb sie die Konkursöffnung verlangt habe (act. 2).

2.2. Mit Verfügung der Kammer vom 17. August 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der Gläubigerin wurde Frist angesetzt, um eine Beschwerdeantwort einzureichen. Zudem wurde den Parteien die Aktennotiz betreffend die von der Kammer bei der Einwohnerkontrolle C._____ eingeholte Auskunft zur Adresse des Schuldners zur Kenntnis gebracht (act. 8). Die erstinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 6/1-12). Mit Eingabe vom 23. August 2021 teilte die Gläubigerin der Kammer unter Bezugnahme auf die obergerichtliche Verfügung vom 17. August 2021 mit, sie habe ihr Konkursbegehren vom 10. Mai 2021 zurückgezogen (act. 10). Ein Schreiben mit der Mitteilung des Rückzugs des Konkursbegehrens richtete die Gläubigerin an die Vorinstanz, welche dieses am 25. August 2021 an die Kammer weiterleitete (act. 11-12). Mit Schreiben vom 31. August 2021 (Datum Poststempel) äusserte sich der Schuldner zur ihm zugestellten obergerichtlichen Aktennotiz (act. 13). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Gläubigerin ist lediglich eine Kopie von act. 13 und dem Schuldner sind solche von act. 10 sowie act. 12 mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen.

3.

3.1. Eine Gläubigerin kann ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkursöffnung über einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner verlangen, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgte Konkursöffnung sind Art. 169, Art. 170 und Art. 173a-176 des SchKG anwendbar (Art. 194 SchKG). Wie sich aus dem Verweis in Art. 194 SchKG ergibt, kann der Entscheid betreffend Konkursöff-

nung gestützt auf Art. 174 SchKG, wie bei einer ordentlichen Konkursöffnung, mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO weitergezogen werden.

3.2.1. Die Gläubigerin, die das Gesuch um Konkursöffnung über den Schuldner ohne vorgängige Betreuung eingereicht hat, hat das Konkursbegehren während laufendem Beschwerdeverfahren am 23. August 2021 zurückgezogen (act. 10 und act. 12), womit ein Verzicht auf die Durchführung des Konkurses i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziffer 3 SchKG vorliegt (BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. A., Basel 2010, Art. 194 N 8b). Beim Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziffer 3 SchKG muss – anders als bei den Konkurshinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziffer 1 und 2 SchKG – weder die Tilgung noch die Hinterlegung der Kosten im Sinne der vorinstanzlichen Entscheidgebühr und der Kosten des Konkursamts innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist erfolgen (vgl. OGerZH PS13043 vom 17. April 2013 E. II.2.2). Da Art. 194 SchKG den Abs. 2 von Art. 174 SchKG gesamthaft und ohne Einschränkung für anwendbar erklärt, stellt sich die Frage, ob trotz des Rückzugs des Konkursbegehrens der Schuldner noch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen muss.

3.2.2. Auf Konkursöffnungen nach Art. 190 SchKG ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 251 lit. a ZPO), welches nach Art. 190 SchKG grundsätzlich ein Zweiparteienverfahren ist. Im Gegensatz zur ordentlichen Konkursöffnung wird dem Verfahren bei Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung ein zivilprozessähnlicher Charakter zugesprochen. Der Konkursrichter hat bei diesen Verfahren ausschliesslich materielle Fragen (ob der Schuldner flüchtig ist oder sein Aufenthaltsort unbekannt ist, ob er betrügerische Handlungen begeht, Vermögen verheimlicht oder seine Zahlungen eingestellt hat) analog dem Zivilprozess zu prüfen. Die Gläubigerin hat die entsprechenden Beweise zu erbringen. Deshalb soll ihr auch die Dispositionsbefugnis über das Verfahren zukommen und ein Rückzug des Konkursbegehrens ist bis zur Rechtskraft des Konkurskenntnisses – das heisst auch noch im Rechtsmittelverfahren – ohne weitere Voraussetzungen und Nachweise des Schuldners (über seine Zahlungsfähigkeit, allenfalls das Nichtvorliegen eines unbekanntes Aufenthaltes) zuzulassen (vgl. BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. A., Basel 2010, Art. 190 N 25 f. und Art. 194 N 8b und

KUKO SchKG-Huber, 2. A., Basel 2014, Art. 190 N 22; OGerZH PS150086 vom 3. September 2015, E. 5 sowie OGer ZH PS200120 vom 25. Juni 2020, E. 3.2).

3.3. Mit dem Schreiben vom 23. August 2021 hat die Gläubigerin ihr Konkursbegehren zurückgezogen und auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Folglich ist der Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts (Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachgewiesen. Dies führt gemäss obigen Ausführungen ohne Weiteres zur vom Schuldner mit seiner Beschwerde angestrebten Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils vom 3. August 2021, mit welchem über ihn der Konkurs eröffnet wurde, und insofern zur Gutheissung der Beschwerde.

4.

4.1. In Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf Fr. 500.00 festzusetzen.

4.2.1. Nach der Praxis der Kammer wird der Gläubigerverzicht gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG im Hinblick auf die Kosten grundsätzlich analog dem Klagerückzug behandelt und die Verfahrenskosten werden der zurückziehenden Gläubigerin auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. OGerZH PS150209 vom 15. Dezember 2015 E. 6.2. mit Hinweis auf OGerZH PS130043 vom 17. April 2013 E. III.1. sowie OGerZH PS120091 vom 31. Mai 2012 E. 8). Es sind auch keine Gründe ersichtlich, aufgrund derer sich vorliegend ein Abweichen von dieser Kostenregelung aufdrängen würde. Die Gläubigerin nannte keine Beweggründe für ihren Rückzug und nach einer summarischen Prüfung der Sachlage ist davon auszugehen, dass die Beschwerde des Schuldners auch bei inhaltlicher Prüfung hinsichtlich des (Nicht-)Vorliegens des materiellen Konkursgrundes erfolgreich gewesen wäre, nämlich da nicht alle zumutbaren Möglichkeiten zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Schuldners ausgeschöpft waren, insbesondere da gemäss Aktenlage dem Schuldner Schreiben an die letztbekannte Adresse noch zuzugingen und die Gläubigerin auch im Falle der Verneinung eines Aufenthaltes des Schuldners an der letztbekannten Adresse gestützt auf Art. 32 ATSG weitere Stellen (etwa die Zentrale Ausgleichsstelle ZAS der 1. Säule in Genf oder die Zentralstelle 2. Säule in Bern) wegen des Aufenthaltsortes des Schuldners hätte anfragen können (vgl. OGerZH PS190237 vom 26. Februar 2020, E. 2.5.5.).

4.2.2. Nach dem Gesagten hat die Gläubigerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.00 ist zu bestätigen und definitiv der Gläubigerin aufzuerlegen. Die Kosten des Konkursamtes werden ebenfalls der Gläubigerin auferlegt. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, insbesondere hat der Schuldner keine Entschädigung verlangt.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Uster vom 3. August 2021 (Geschäfts-Nr. EK210219-I/U01), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 500.00 festgesetzt und der Gläubigerin auferlegt.
3. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.00 wird bestätigt und der Gläubigerin auferlegt. Ebenso werden die Kosten des Konkursamtes der Gläubigerin auferlegt.
4. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, vom Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses den nach Abzug der Kosten verbleibenden Restbetrag der Gläubigerin auszuzahlen bzw. einen Mehrbetrag der Gläubigerin in Rechnung zu stellen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Schuldner unter Beilage einer Kopie von act. 10 und act. 12, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: