

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180031-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwan-
den sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 21. März 2018

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 Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 16. Februar 2018 (EK180074)

Erwägungen:

1. A._____ (Schuldner und Beschwerdeführer, nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der Einzelfirma C._____. Die Einzelfirma ist seit dem tt.mm.2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 6). Gestützt auf das Konkursbegehren der B._____ AG (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) für eine Forderung von Fr. 854.85 zuzügl. 5 % Zins vom 1.5.2017, Nebenforderung von Fr. 180.– und Betreuungskosten von Fr. 160.60 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich mit Urteil vom 16. Februar 2018 über den Schuldner den Konkurs (act. 7).
2. Dieser Entscheid wurde dem Schuldner am 26. Februar 2018 zugestellt (act. 8/8). Mit Eingabe vom 8. März 2018 (Poststempel) erhob er dagegen Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses. Ferner stellte er ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 9. März 2018 wurde diesem Gesuch entsprochen (act. 9).
3. a) Der Schuldner rügte, ihm sei die Vorladung zur Konkursverhandlung gar nie zugestellt worden sei. Er sei wegen einer Hüftoperation im Spital gewesen und vorher andauernd in ärztlicher Behandlung, weshalb die Zustellung offensichtlich nicht haben erfolgen können (act. 2 S. 4). Zum Nachweis für seine Behauptungen reichte er den provisorischen Austrittsbericht der Universitätsklinik Balgrist vom 23. Februar 2018 ein (act. 5/3).

b) Die Beschwerde kann u.a. mit einem Verfahrensfehler des Konkursgerichts begründet werden (Art. 320 ZPO; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Auflage, Art. 174 N 7).

Aus den vorinstanzlichen Akten und dem vom Schuldner eingereichten Sendungsverlauf der Post ist ersichtlich, dass die ihm mit Gerichtsurkunde zugestellte Vorladung zur Konkursverhandlung nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist von der Post mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 8/5 und act. 5/4). Gemäss Vermerk auf dem retournierten Couvert wurde dem Schuldner die Vorladung am 1. Februar 2018

per A-Post zugesandt (act. 8/5). Ob er diese erhalten hat, ist nicht ersichtlich. Der Schuldner bestreitet das (act. 2 S. 4-5). Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich somit nicht, dass dem Schuldner die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden konnte. Die Vorinstanz erachtete die erfolgten Zustellversuche an den Schuldner zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post offenbar als rechtsgenügend und eröffnete - da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren - den Konkurs (act. 7).

4. a) Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. In der Regel entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches den Parteien gebietet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen 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. Eine Zustellungsfiktion kann demnach nur für ein hängiges bzw. laufendes Verfahren gelten. Die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag indes beim Konkursrichter noch kein hängiges Verfahren mit den genannten prozessualen Pflichten, mithin kein Prozessrechtsverhältnis zu begründen; 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).
 - b) Da der Schuldner mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, greift die Zustellungsfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht. Die Vorladung gilt als nicht zugestellt. Indem die Vorinstanz die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon der Schuldner sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde sein Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet.
5. a) Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. Da die Konkursöffnung wegen eines

Verfahrensmangels aufzuheben ist, ist die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (Art. 174 Abs. 2 SchKG) im Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Auflage, Art. 174 N 12).

b) An sich wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Davon kann indes abgesehen werden, da der Schuldner inzwischen die Konkursforderung beim Betreibungsamt Zürich 9 vollständig bezahlt hat (act. 5/5). In der Folge gälte die Schuld gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG als getilgt. Ferner hat der Schuldner die vorinstanzlichen Kosten sowie die Kosten des Konkursamtes beim Konkursamt sichergestellt (act. 5/6). Unter diesen Umständen ist auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten.

6. a) Das Konkursgericht zeigte den Parteien an, dass bei einer Verfahrenserledigung vor bzw. anlässlich der Verhandlung eine reduzierte Gebühr von Fr. 200.– bis zum Verhandlungstermin zu zahlen sei (act. 8/3/1 S. 2). Die vorinstanzliche Spruchgebühr ist deshalb auf Fr. 200.– festzusetzen und dem Schuldner aufzuerlegen, da seine Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Das Konkursgericht ist anzuweisen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– dem Schuldner auszuführen. Die beim Konkursamt Altstetten-Zürich entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 700.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner Fr. 300.– zurückzuerstatten.

b) Kosten für das Beschwerdeverfahren sind nicht zu erheben, da diese ohne den Verfahrensfehler des Konkursgerichts nicht entstanden wären. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Staat schuldet in solchen Fällen keine Entschädigung und eine Partei wird nur in dem Verhältnis ent-

schädigungspflichtig, in welchem ihr Kosten auferlegt werden (Art. 106 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Februar 2018, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und dem Schuldner auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
5. Die Kosten des Konkursamtes werden auf die Staatskasse genommen.
6. Das Konkursgericht wird angewiesen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– dem Schuldner auszuzahlen.
7. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 700.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner Fr. 300.– auszuzahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und dessen Gerichtskasse und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: