

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
MLaw N. Seebacher

Urteil vom 26. Februar 2019

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **Krankenversicherung AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 13. Februar 2019 (EK190049)

Erwägungen:

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der Einzelfirma C._____, welche Investitionen und Beteiligungen an Immobilien, Unternehmungen und Wertpapieren bezweckt (act. 6/1).

2.1 Mit Urteil vom 13. Februar 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksamts Zürich für nachfolgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über den Schuldner (act. 3 [= act. 5/9]):

CHF	2'591.80	nebst Zins zu 5 % seit 12.07.2017 abzgl. TZ von CHF 500.00 vom 16.04.2018 abzgl. TZ von CHF 500.00 vom 15.05.2018
CHF	1'315.05	Kostenbeteiligungen KVG 24.05.17, 31.05.17, 07.06.17, 17.06.17, 21.06.17
CHF	145.10	Kostenbeteiligungen KVG 05.07.17, 23.08.17, 07.09.17
CHF	30.00	Mahnspesen
CHF	95.00	Inkassogebühren
CHF	146.60	Betreibungskosten

2.2 Mit Eingabe vom 18. Februar 2019 erhob der Schuldner Beschwerde gegen das Konkursurteil. Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Letztere wurde am 19. Februar 2019 einstweilen erteilt (act. 8). Am 19. Februar 2019 und 21. Februar 2019 machte der Schuldner weitere Eingaben (act. 10 und 13); ausserdem liess die Gläubigerin der Kammer am 21. Februar 2019 ebenfalls ein Schreiben zukommen (act. 12).

3.1 Der Schuldner macht in seiner Eingabe vom 19. Februar 2019 geltend, dass ihm die Vorladung zur vorinstanzlichen Konkursöffnung nicht ordnungsgemäss eröffnet worden sei (act. 10 S. 1 ff.).

3.2 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. Mit der Beschwerde können aber auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt werden. Diese sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7). 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).

3.3 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 5/1-14) ergibt sich, dass die am 14. Januar 2019 der Post übergebende Gerichtsurkunde des Zustellversuchs für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 13. Februar 2019 an die ... [Adresse 1] mit dem Vermerk "Nachsendung postlagernd bis 30. Januar 2019" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 5/8). Gemäss Vermerk der Vorinstanz auf dem Umschlag der retournierten ersten Sendung erfolgte in der Folge am 22. Januar 2019 eine zweite Zustellung der Vorladung per A-Post (act. 5/8). Offenbar gab es danach einen weiteren Zustellversuch per Gerichtsurkunde an die Adresse ... [Adresse], welche ebenfalls mit dem Vermerk "Nachsendung ins Postlager" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 5/8). Gemäss Vermerk der Vorinstanz wurde diese Sendung am 8. Februar 2019 sodann ebenfalls noch per A-Post zugestellt (act. 5/8).

3.3.1 Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt 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*. Indes begründet die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt mit Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihm gerichtliche Entscheide zuge-

stellt 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 Nr. 43; BGE 130 III 396). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall für die beiden mit Gerichtsurkunde erfolgten Sendungen nicht.

3.3.2 Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden durch gewöhnliche Post ist aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 138 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Eine formwidrige Zustellung zeitigt keine Rechtswirkungen und muss wiederholt werden, wobei die Unwirksamkeit von Amtes wegen zu beachten ist. Ausnahmsweise kann der Mangel geheilt werden, wenn der Adressat von der Zustellung dennoch Kenntnis erlangt und er durch die mangelhafte Zustellung keine Rechtsnachteile erleidet (vgl. dazu etwa LUKAS HUBER, Dike Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 138 N 24, 71). Vorliegend ist dies für die beiden uneingeschrieben erfolgten Zustellungen der Vorladung zur Verhandlung vom 13. Februar 2019 nicht der Fall, hatte der Schuldner von der anstehenden Konkursverhandlung doch nicht aktenkundig vor deren Durchführung Kenntnis und erlitt er durch die Konkursöffnung einen erheblichen Rechtsnachteil.

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.

4. Heisst die Beschwerdeinstanz eine Beschwerde gut, hebt sie den Entscheid der Vorinstanz auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück oder sie entscheidet neu, wenn die Sache spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Vorliegend hat die Gläubigerin gestützt auf den Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung des Betreibungsamtes Zürich 7 mit Eingabe vom 9. Januar 2019 für nachfolgende Forderung das Konkursbegehren über den Schuldner gestellt (act. 5/1):

CHF	3'591.80	nebst Zins zu 5 % seit 12.07.2017 abzgl. TZ von CHF 500.00 vom 16.04.2018 abzgl. TZ von CHF 500.00 vom 15.05.2018
CHF	1'315.05	Kostenbeteiligungen KVG 24.05.17, 31.05.17, 07.06.17, 17.06.17, 21.06.17
CHF	145.10	Kostenbeteiligungen KVG 05.07.17, 23.08.17, 07.09.17
CHF	30.00	Mahnspesen
CHF	95.00	Inkassogebühren
CHF	146.60	Betriebskosten

Der Schuldner hat am 18. Februar 2019 aufgrund eines Fehlers der Vorinstanz bei der Übernahme des – einigermaßen ungeschickt dargestellten – Konkursbegehrens der Gläubigerin (vgl. act. 3) bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 4'444.– hinterlegt, davon Fr. 3'494.– zur Tilgung der Restforderung der Gläubigerin, Fr. 200.– für die Kosten des Konkursgerichts sowie Fr. 750.– als Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Konkursverfahren (vgl. act. 7). Richtigerweise beträgt die Restforderung der Gläubigerin inkl. Zins und Kosten jedoch Fr. 4'576.10. Zur Bezahlung des noch nicht hinterlegten Betrages hat der Schuldner der Gläubigerin deshalb am 21. Februar 2019 Fr. 1'000.– überwiesen (act. 13-14). Die Restforderung beträgt damit noch Fr. 3'576.10 womit der vom Schuldner bei der Obergerichtskasse zuhanden der Gläubigerin hinterlegte Betrag von Fr. 3'494.– aufgrund dessen, dass die Zinsen auf dem richtigen Forderungsbetrag höher sind, nicht zur vollständigen Tilgung der Betreibungsforderung ausreicht. Da der Schuldner zur Sicherstellung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sowohl bei der Obergerichtskasse als auch beim Konkursamt Hottigen-Zürich einen Vorschuss geleistet hat (vgl. act. 4/1; act. 7), kann die Forderung der Gläubigerin dennoch vollständig ausbezahlt werden. Zudem kann der Gläubigerin der von ihr geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– aufgrund des vom Schuldner beim Konkursamt Hottingen-Zürich insgesamt geleisteten Vorschusses Fr. 1'400.– (act. 4/1) vollständig zurückerstattet werden. Festzuhalten ist, dass die Gläubigerin einzig auf die Auszahlung dieser beiden Beträge Anspruch hat, da keine höhere Forderung ausgewiesen ist; dass sie offenbar selbst davon ausgeht, ihr sei von der Obergerichtskasse ein Betrag von Fr. 3'694.– ausbezahlt zu werden.

(vgl. act. 12), ist deshalb nicht von Bedeutung. Nach dem Gesagten erübrigt sich die Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Aufgrund des damit gegebenen Konkurshinderungsgrundes der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG ist so zu verfahren, wie wenn der Schuldner die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts getilgt hätte. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

5. Die erstinstanzlichen Kosten sind dem Schuldner aufzuerlegen, da seine Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Der vom Schuldner geleistete Kostenvorschuss von Fr. 750.– ist diesem zu erstatten. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (vgl. etwa ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016 Art. 107 N 13 ZPO m.w.H.).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Februar 2019 (EK190049), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 9. Januar 2019 wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die aus dem Kostenvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes Hottingen-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 3'694.– der Gläubigerin Fr. 3'576.10 und den Rest dem Schuldner auszuzahlen.
Ausserdem wird die Obergerichtskasse angewiesen, den vom Schuldner geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– diesem zu erstatten.
6. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.– (Fr. 1'400.– Zahlung des Schuldners und Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner Fr. 1'000.– auszuzahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 10,
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
 - das Konkursamt Hottingen-Zürich,
 - die Obergerichtskasse unter Hinweis auf Disp.-Ziffer 5,ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, je gegen Empfangsschein.
8. 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
26. Februar 2019