

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190061-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 5. April 2019

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. März 2019 (EK190305)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 27. März 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 501.70 nebst 5 % Zins seit 19. September 2018, Fr. 100.– Betreuungskosten, Fr. 50.– Mahnkosten und 5% Verzugszins vor Betreuung von Fr. 5.85 zuzüglich Fr. 206.60 Betreibungsgebühr, total Fr. 877.15, den Konkurs über den Schuldner (act. 7). Dagegen erhob dieser mit Eingabe vom 2. April 2019 Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

2.a) Gemäss der Sendungsverfolgung der Post hat der Schuldner den angefochtenen Entscheid bislang nicht abgeholt (act. 8/10). Mit der am 2. April 2019 zur Post gegebenen Beschwerde ist die Rechtsmittelfrist aber ohnehin gewahrt. Zum Einwand des Schuldners, er habe erst am 28. März 2019 durch das Konkursamt von der Konkurseröffnung erfahren (act. 2 Rz 4), bleibt Folgendes anzufügen: Sollte der Konkursbeamte den Schuldner nur mündlich über die Konkurseröffnung informiert haben, läge darin keine förmliche Zustellung des Konkursbescheides, welche die Rechtsmittelfrist ausgelöst haben könnte. Nicht anders wäre es zu halten, wenn der Konkursbeamte dem Schuldner, wie es häufig der Fall ist, eine Kopie des Urteils ausgehändigt hätte. Demnach hätte die Rechtsmittelfrist noch gar nicht zu laufen begonnen. Eine Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO kann – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (E. 4) – nicht angenommen werden. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Beschwerde als rechtzeitig entgegenzunehmen.

b) Mit Einreichung der Beschwerde belegt der Schuldner, dass er Fr. 1'250.– zuhanden der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat (act. 2 Rz 8 f., act. 5/3). Damit ist die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bei weitem gedeckt. Ebenso stellte die Schuldnerin die Kosten des Konkursamts in der Höhe von Fr. 1'000.– sicher und leistete bei der Obergerichtskasse für das Beschwerdeverfahren einen Vorschuss von Fr. 750.– (act. 5/4 und 5/5). Ferner

reichte er verschiedene Unterlagen zur Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit ein (act. 5/6-12).

3. Der Schuldner erklärt, er habe die Vorladung zur Konkursverhandlung in seinen Unterlagen nicht auffinden können (act. 2 Rz 4). Damit macht er sinn- gemäss geltend, er sei nicht zur Verhandlung vorgeladen worden. Aus den vor- instanzlichen Akten ergibt sich nicht, dass dem Schuldner die Vorladung zuge- stellt werden konnte. Die mittels Gerichtsurkunde verschickte Sendung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retourniert. Dass der Schuldner die Vorladung per A-Post erhalten hätte, ist nicht belegt (act. 8/6). Das Konkursgericht erachtete die Zustellungsversuche zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post an den Schuldner als rechtsgenügend und eröffnete – da die weiteren Vorausset- zungen 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, zuge- stellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als während des hängigen Ver- fahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördli- chen Aktes gerechnet werden muss. Eine Zustellungsfiktion kann demnach nur für ein hängiges bzw. laufendes Verfahren gelten. Die blosser Zustellung der Kon- kursandrohung 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 konkursrichterli- che Verfahren wird vielmehr erst durch das Begehren des Gläubigers um Eröff- nung des Konkurses - als neues Verfahren - in die Wege geleitet. Davon abzu- weichen besteht kein Anlass (vgl. hierzu BGE 130 III 396).

b) Daraus erhellt, dass der Schuldner nicht mit der Zustellung einer Vor- ladung zur Konkursverhandlung vom 27. März 2019 rechnen musste, da die Kon- kursandrohung vom 7. November 2018 (act. 8/2/2) kein Prozessrechtsverhältnis

entstehen liess. Damit kann auch nicht gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO präsumiert werden, die Vorladung gelte als zugestellt. Indem das Konkursgericht die Konkurseröffnung dennoch aussprach, obschon der Schuldner sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde sein Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz ist nicht möglich.

An sich wäre die Sache demnach an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorlädt und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin entscheidet. Hiervon kann indes vorliegend abgesehen werden, da die Konkursforderung wie eingangs erwähnt einschliesslich Zinsen und Kosten beglichen wurde (act. 5/3). Ebenso wurden die Kosten des Konkursamts sichergestellt (act. 5/4). Damit besteht nunmehr der Konkurshindernisgrund der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG, und es ist so zu verfahren, wie wenn der Schuldner die Forderung bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts beglichen hätte.

5. Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet. Die Konkurseröffnung ist aufzuheben und das Begehren abzuweisen, ohne dass die Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG geprüft werden müsste. Der die Konkursforderung von Fr. 877.35 (vgl. act. 2 Rz 8) übersteigende Betrag ist dem Schuldner zu erstatten. Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

6. 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. Auch die Kosten des Konkursamts Hottingen-Zürich sind auf die Staatskasse zu nehmen (OGer ZH PS170032 vom 15. Februar 2017). Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. Art. 107 N 13 m.w.H.).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 27. März 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Der vom Schuldner geleistete Vorschuss von Fr. 750.– wird ihm zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.

Die aus dem Kostenvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamts 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. 1'250.– der Gläubigerin Fr. 877.35 auszuzahlen. Der Restbetrag ist dem Schuldner auszuzahlen, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.
6. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– 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. 600.– auszuzahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hottingen-Zürich, 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:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:
5. April 2019