

# **ZH\_OBERGERICHT PS150095 vom 12. Juni 2015**

ZH Obergericht, 2015-06-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS150095](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS150095)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS150095 du 12 juin 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT PS150095 del 12 giugno 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 19. Oktober 1983 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber des Einzelunternehmens mit der Firma "A.\_\_\_\_\_, ... " eingetragen (act. 6).

### **E. 1.2**

Mit Urteil vom 22. Mai 2015 (act. 3) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über den Schuldner für die Forderung der Beschwerdeführerin und Gläubigerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 20'355.70 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 5. Juni 2015 Beschwerde. Er verlangt, die Konkurseröffnung sei aufzuheben (act. 2).

### **E. 1.3**

Mit Präsidialverfügung vom 8. Juni 2015 (act. 9) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Auf die Ansetzung einer Frist zur Leistung des Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner diesen bereits geleistet hatte (act. 2 S. 5, act. 5/3). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-6). Das Verfahren ist spruchreif.

### **E. 2**

Aufl., Art. 174 N 7).

- 3 -

### **E. 2.1**

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 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/MÜLLER,

### **E. 2.2**

Der Schuldner führte u.a. aus, er habe aufgrund seiner Auslandabwesenheit die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht entgegennehmen können (act. 2 S. 9 Rz. 20). Dies ist im weiteren Zusammenhang als Rüge zu verstehen, er sei zur Verhandlung nicht richtig vorgeladen worden. Eine Konkurseröffnung 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). 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. Aus den Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur vorinstanzlichen Verhandlung vom 21. Mai 2015 zwei Mal per Gerichtsurkunde versandt und jeweils mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert wurde (act. 8/3). Damit hatte der Schuldner von der anstehenden Konkursverhandlung nicht aktenkundig Kenntnis. Die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihn allfällige gerichtliche Vorladungen und Entscheide erreichen. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss ein Schuldner mit anderen Worten nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen. Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb nicht (vgl. zum Ganzen auch BGE 138 III 225). Folglich wurde der Schuldner durch die Vorinstanz nicht korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen, was der Konkursöffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

- 4 -

### **E. 2.3**

Der Schuldner hat mit Einzahlung vom 2. Juni 2015 insgesamt Fr. 30'000.– beim Obergericht hinterlegt (act. 5/3). Dieser Betrag ist gemäss seinen Ausführungen wie folgt zu verwenden (act. 2 S. 5): - Fr. 21'000.– für die Forderung der Gläubigerin von Fr. 19'643.30 zuzüglich Zinsen und Betreibungskosten, grosszügig gerundet, - Fr. 1'000.– für den Kostenvorschuss des Beschwerdeverfahrens, - Fr. 1'000.– für die Forderung der C.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG über Fr. 516.25 zuzüglich Zinsen und Betreibungskosten (Betreibung Nr. ...), - Fr. 7'000.– für die Forderung der D.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 5'665.90 zuzüglich Zinsen und Betreibungskosten (Betreibung Nr. ...). Weiter hat der Schuldner belegt, Fr. 1'100.– beim Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur hinterlegt zu haben zur Deckung der erstinstanzlichen Spruchgebühr und der bis anhin entstandenen und noch entstehenden Kosten des Konkursamtes (act. 5/7). Vorliegend erübrigt sich somit die Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Da die Obergerichtskasse den für die Gläubigerin hinterlegte Betrag im Umfang der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten der Gläubigerin ausbezahlen wird, ist so zu verfahren, wie wenn der Schuldner die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters getilgt hätte.

### **E. 2.4**

Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Immerhin bleibt anzumerken, dass dem Schuldner wohl nicht gelungen wäre, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

- 5 -

### **E. 3**

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. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.