

# ZH\_OBERGERICHT PS210149 vom 7. September 2021

ZH Obergericht, 2021-09-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS210149](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS210149)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS210149 du 7 septembre 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT PS210149 del 7 settembre 2021

## Erwägungen

### E. 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).

#### E. 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 Aufenthaltsort. Gemäss Art. 190 Abs.

#### E. 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).

#### E. 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-

- 3 - 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 Konkurseröffnung verlangt habe (act. 2).

## **E. 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.

## **E. 3**

September 2015, E. 5 sowie OGer ZH PS200120 vom 25. Juni 2020, E. 3.2).

### **E. 3.1**

Eine Gläubigerin kann ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkurseröffnung über einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner verlangen, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgte Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnung

- 4 - gestützt auf Art. 174 SchKG, wie bei einer ordentlichen Konkurseröffnung, mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO weitergezogen werden. 3.2.1. Die Gläubigerin, die das Gesuch um Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnungen 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 Konkurseröffnung 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 Konkurserkenntnisses – 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

- 5 - KUKO SchKG-Huber, 2. A., Basel 2014, Art. 190 N 22; OGerZH PS150086 vom

### **E. 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.

### **E. 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 zugehen 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.).

- 6 - 4.2.2. Nach dem Gesagten hat die Gläubigerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.00 ist zu bestreiten 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:

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