

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110122-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 1. Juli 2011

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 9. Juni 2011 (EK110789)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 9. Juni 2011 eröffnete der Konkursrichter des Bezirkes Zürich für eine Forderung von Fr. 5'000.-- zuzüglich Fr. 140.-- Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 2). Dagegen erhob letzterer am 28. Juni 2011 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkursdekretes, da keine Forderung gegen ihn bestehe. Der Konkurs sei über die falsche Person eröffnet worden. Der eigentliche Schuldner sei das Restaurant C. _____ an der ...strasse in D. _____, in welchem er lediglich angestellt sei. Er habe diese Tatsache vor Bezirksgericht nicht vorbringen können (act. 1). Der Schuldner erfuhr offenbar über Dritte, vermutlich vom Konkursamt, von der Konkurseröffnung, denn gemäss den Akten konnte ihm der angefochtene Entscheid bis zum 28. Juni 2011 (Tag der Postaufgabe der Beschwerde) nicht gesetzlich zugestellt werden (act. 5/7). Da der Schuldner - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, kann keine Zustellungsfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO angenommen werden. Die Beschwerde ist deshalb als rechtzeitig entgegen zu nehmen.

2. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich nicht, dass dem Schuldner die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden konnte. Die Gerichtsurkunde kam mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurück (act. 5/4); ob der Schuldner die Vorladung per A-Post erhalten hat, ist nicht ersichtlich. Er selbst bestreitet dies sinngemäss, indem er moniert, er habe seine Sichtweise vor Vorinstanz nicht darlegen können. Der Vorderrichter erachtete die erfolgten Zustellversuche zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post an den Schuldner offenbar als rechtsgenügend und eröffnete - da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren - den Konkurs (act. 2)

3.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. Nach ständiger Praxis der Kammer (ZR 104 Nr. 43) vermag indes die blossе Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt 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. Davon abzuweichen besteht kein Anlass (vgl. hierzu BGE 130 III 396).

b) Da der Schuldner mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, kann auch nicht gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO präsumiert werden, die Vorladung gelte als zugestellt. Indem der Vorderrichter die Konkursöffnung 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.

Dies führt dazu, dass die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben ist (BSK SchKG II, Philippe Nordmann, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 16). Demzufolge ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorladen und alsdann über das Konkursbegehren des Gläubigers entscheiden kann. Der Schuldner ist indes darauf hinzuweisen, dass er zur Abwendung der Konkursöffnung einen Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 172 f. SchKG darzutun haben wird.

4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz, da das Beschwerdeverfahren aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers notwendig wurde. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12 u.a. mit Verweis auf BGer 1B_211/2009).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursrichters des Bezirkes Zürich vom 9. Juni 2011, mit der über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und die Sache wird zur Durchführung einer Verhandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an die Vorinstanz, das Betreibungsamt X1.____, das Konkursamt X2.____ und an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.
4. 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: