

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110145-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I.
Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

Urteil vom 19. August 2011

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirkes
Winterthur vom 5. August 2011 (EK110146)

Erwägungen:

I.

Am 5. August 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur auf Begehren der Gläubigerin vom 18. Mai 2011 über den Schuldner den Konkurs (act. 2 und 5). Mit Eingabe vom 11. August 2011 erhob der Schuldner dagegen beim Obergericht rechtzeitig Beschwerde ("Rekurs") mit dem Antrag, die Konkursöffnung aufzuheben. Er machte im Wesentlichen geltend, dass er die Vorladung des Konkursgerichtes zur Konkursöffnungsverhandlung nicht erhalten habe; er habe den Entscheidungstermin nicht wahrnehmen und dem Konkursgericht nicht mitteilen können, dass er die in Betreuung gesetzte Forderung schon am 23. Juni 2011 beim Betreibungsamt Z._____ getilgt habe (act. 1).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6).

II.

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). 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*.

Die Vorinstanz hat die Konkursöffnungsverhandlung auf den 4. August 2011, 13.45 Uhr, angesetzt. Die am 10. Juni 2011 als Gerichtsurkunde an den Schuldner versandte Verhandlungsanzeige – in welcher versehentlich das einzige Mitglied des Verwaltungsrates der Gläubigerin als Kläger bezeichnet wurde – wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 6/4, 7 und 8). Es

ist deshalb davon auszugehen, dass der Schuldner nicht in den Besitz der gerichtlichen Verhandlungsanzeige gelangt ist.

Ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen 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. Die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihm gerichtliche Entscheide zugestellt 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 nicht Platz.

Die Anzeige der Konkurseröffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt. Aus welchem Grund der Schuldner sie bei der Post nicht abholte – die in der Rechtsmitteleingabe erwähnten Ferien hat er erst nach Ablauf der postalischen Abholfrist angetreten (act. 1 S. 1) –, kann dahingestellt bleiben. Der angefochtene Entscheid ist wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben, und die Sache ist zur Neuansetzung einer Konkurseröffnungsverhandlung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Der Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens ist nicht von den Parteien zu vertreten. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt deshalb ausser Ansatz, und auch die Kosten des Konkursamtes Z._____ sind auf die Staatskasse zu nehmen. Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage.

IV.

Der vom Schuldner sinngemäss angerufene Konkursverhinderungsgrund der Schuldtilgung liegt vor, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und **Kosten inbegriffen**, getilgt ist (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Der Schuldner legt die Kopie einer Abrechnung des Betreibungsamtes Z. _____ vom 23. Juni 2011 vor, wonach er die in Betreuung gesetzte Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten getilgt hat (act. 3/2). Zu den zu tilgenden Kosten gehören aber nicht nur die Kosten des Betreibungsamtes, **sondern auch die beim Konkursgericht anfallenden Kosten**, welche letztlich der Schuldner verursacht hat, indem er die Gläubigerin durch Zahlungssäumnis zur Stellung des Konkursbegehrens veranlasste. Der Schuldner wird die gerichtlichen Kosten bei der Vorinstanz sicherzustellen haben. Deren Höhe wird er der ihm von der Vorinstanz zuzustellenden Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung entnehmen können.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirkes Winterthur vom 5. August 2011, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Konkursamt X. _____ wird angewiesen, seine Kosten auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 1) sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur (unter Beilage einer Kopie von act. 3/2) und das Konkursamt X. _____ (vorab per Fax), ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des

Kantons Zürich, das Betreibungsamt Z._____ und das Grundbuchamt Y._____, je gegen Empfangsschein.

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: