

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110199-O/Udoc

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 16. November 2011

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 29. September
2011 (EK111371)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Zürich eröffnete mit Urteil vom 29. September 2011, 10.00 Uhr, über den Schuldner den Konkurs (act. 8 = act. 6/8). Das Urteil wurde dem Schuldner auf dem Rechtshilfeweg am 18. Oktober 2011 zugestellt (act. 4/1; act. 6/10). Am 27. Oktober 2011 bezahlte er hierorts den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren in Höhe von Fr. 750.-- (act. 5) und hinterlegte am Folgetag zu Gunsten der Gläubigerin die Konkursforderung in Höhe von total Fr. 957.55 (Forderung Fr. 710.20 zzgl. Zins zu 5% vom 4. März 2011 bis zur Konkurseröffnung am 29. September 2011 bzw. Fr. 20.35 sowie Fr. 107.-- Betreuungskosten [inkl. Kosten der Konkursandrohung] und Fr. 120.-- Mahn- und Dossierführungskosten, act. 6; act. 2/2). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 28. Oktober 2011 (hierorts eingegangen am 1. November 2011) liess der Schuldner die Aufhebung des Konkurses, eventualiter die Feststellung der Nichtigkeit des Konkurseröffnungsurteils, sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 1). Gleichzeitig wies er die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes nach (act. 4/10). Mit Präsidialverfügung vom 1. November 2011 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).

2.1 Der Schuldner liess ausführen, das Amtsgericht D._____ habe ihm am 2. September 2011 die vorinstanzliche Vorladung vom 16. August 2011 betreffend Konkurseröffnungsverhandlung vom 15. September 2011 zugestellt. Hernach habe er eine Verschiebung der Verhandlung auf Ende September beantragt, da er die Konkursforderung mit Eingang der nächsten Lohnzahlung hätte begleichen können. Die Verhandlung sei darauf hin auf den 29. September 2011 verschoben worden. Von diesem neuen Termin habe er allerdings keine Kenntnis erhalten. Möglicherweise sei ihm der neue Verhandlungstermin direkt per Post zugestellt worden. Bei diesem Dokument handle es sich jedoch um ein gerichtliches Schriftstück, dessen direkte postalische Zustellung aus der Schweiz an einen Empfänger in D._____ unzulässig und nichtig sei. Wegen der fehlenden Kenntnis des neuen Verhandlungstermins sei es ihm verwehrt gewesen, am gegen ihn laufenden Verfahren teilzunehmen. Das angefochtene Urteil sei ergangen, ohne dass er

sich habe äussern oder Massnahmen zur Abwendung der Konkursöffnung habe treffen können. Es liege daher eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, was ebenfalls für die Nichtigkeit der Konkursöffnung spreche (act. 1 S. 3 f.).

2.2 Die Vorinstanz erwog, der Schuldner habe innerhalb der ihm angesetzten und erstreckten Frist weder einen Rückzug des Begehrens noch einen Ausweis über die Tilgung der Forderung erbracht. Die Gläubigerin ihrerseits habe den verlangten Barvorschuss in Höhe von Fr. 1'800.-- geleistet. Dem Konkursbegehren sei daher in Anwendung von Art. 171 SchKG Folge zu geben (act. 8). Unklar ist, was die Vorinstanz mit dem „Rückzug des Begehrens“ seitens des Schuldners gemeint hat. Zur Verlegung seines Wohnsitzes ins Ausland im Laufe der Konkursbetreibung äusserte sie sich nicht.

2.3 Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass der Schuldner mit Schreiben vom 16. August 2011 zur Verhandlung über das Konkursöffnungsbegehren der Gläubigerin auf den 15. September 2011, 10:00 Uhr, vorgeladen wurde. Die Zustellung der Vorladung an den Schuldner scheiterte indes. Die Gerichtsurkunde wurde mit dem Vermerk der Post „Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden“ an die Vorinstanz retourniert. Nachdem eruiert wurde, dass der Schuldner am 12. August 2011 nach D._____ gezogen ist, ersuchte die Vorinstanz mit Formular vom 23. August 2011 das Amtsgericht C._____ (D._____) um die rechthilfweise Zustellung der vorerwähnten Vorladung nach den Formen von Art. 5 Abs. 1 lit. a HUE65, gegebenenfalls nach Art. 5 Abs. 2 HUE65 (act. 6/3-4). Gemäss Zustellungszeugnis des Landgerichtes C._____ wurden die zuzustellenden Schriftstücke dem Schuldner in der Form nach Art. 5 Abs. 1 lit. a HUE65 am 2. September 2011 zugestellt (act. 6/5 Blatt 3). Mit undatiertem Schreiben (bei der Vorinstanz eingegangen am 14. September 2011) ersuchte der Schuldner um Verschiebung der Konkursöffnung auf Ende September, mit der Begründung, er wolle den Konkurs durch Zahlung der Konkursforderung nach Eingang des nächsten Salärs am 25. September 2011 abwenden. Sodann führte er aus, dass sobald die Schuld beglichen sei, er die Bestätigung des Betreibungsamtes vorbeibringen und Fr. 200.-- (gemeint wohl die in der Vorladung erwähnten Gerichtskosten) einzahlen werde (act. 6/6). Die Vo-

rinstanz nahm diese Eingabe als Fristerstreckungsgesuch entgegen. Mit Schreiben vom 15. September 2011 wurde dem Schuldner mitgeteilt, dass ihm „Angesichts der besonderen Umstände (Wohnsitz im Ausland)“ ausnahmsweise die „beantragte Fristerstreckung bis 29. September 2011 um 10 Uhr“ gewährt werde (act. 6/7). Eine rechtshilfeweise Zustellung dieses Dokumentes ist aus den Akten nicht ersichtlich.

3.1 Verändert der Schuldner seinen Wohnsitz, nachdem ihm die Konkursandrohung zugestellt worden ist, so wird die Betreuung am bisherigen Orte fortgesetzt (Art. 53 SchKG). Dies gilt auch bei einem Domizilwechsel von der Schweiz ins Ausland (SchKG Kurzkommentar-Bolliger/Jeanneret, Basel 2009, N 7 zu Art. 53 SchKG; sinngemäss BGer 7B.241/2005 vom 6. März 2006 Erw. 3.3). Ob der Domizilwechsel des Schuldners im Laufe der Betreuung vor oder nach dem Fixierungszeitpunkt gemäss Art. 53 SchKG erfolgt ist, ist von Amtes wegen zu prüfen (BSK SchKG I-Schmid, N 11 zu Art. 53 SchKG). Die Konkursandrohung des Betreibungsamtes E._____ wurde dem Schuldner persönlich an seinem damaligen Wohnort an der ...strasse ... in E._____ am 23. März 2011 zugestellt (act. 2/2). Der Wegzug nach D._____ erfolgte nach diesem Zeitpunkt bzw. am 12. August 2011 (act. 6/4), weshalb die Betreuung zu Recht am bisherigen Ort fortgesetzt wurde.

3.2 Das Einzelunternehmen F._____, welches im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und dessen Inhaber der Schuldner war, ist infolge Geschäftsaufgabe erloschen. Die Streichung wurde durch das Schweizerische Handelsamtsblatt am 3. Februar 2011 publiziert (act. 4/7). Die Frist gemäss Art. 40 Abs. 2 SchKG ist vorliegend gewahrt (vgl. act. 2/2).

4.1 Die Zustellung eines Dokumentes besteht aus dessen Übergabe an den Empfänger in einer vorgeschriebenen Form, welche den Nachweis der Übergabe erlaubt. Wo Prozessdokumente im Ausland zugestellt werden, wird grundsätzlich verlangt, dass der zwischenstaatliche Rechthilfeweg bestritten wird, weshalb primär auf der Grundlage internationaler Abkommen zu prüfen ist, ob die Zustellung ordnungsgemäss erfolgt ist (Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz 432; Walter, Inter-

nationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2007, S. 403). Zwischen der Schweiz und D._____ gilt das Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (SR 0.274.131; vgl. www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/rhf/index/laenderindex/D._____.html). Unter den Begriff „Zivil- und Handelssache“ fällt auch das Konkursrecht (vgl. Bundesamt für Justiz [Hrsg.], Die Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung, 3. Aufl., Bern 2003 [Stand Juli 2005], S. 8 f.; Walter, a.a.O., S. 334 f.). Sowohl die Schweiz als auch D._____ (vorliegend Bestimmungsstaat) haben gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. a HUE65 ausdrücklich erklärt, dass sie sich der in Art. 10 lit. a HUE65 vorgesehenen unmittelbaren postalischen Zustellung von gerichtlichen Schriftstücken an im Ausland befindliche Personen widersetzen.

4.2 Bei richterlichen Fristen bestimmt das Gericht die Dauer der Frist mittels prozessleitender Verfügung. Diese Fristen können aus zureichenden Gründen erstreckt werden (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Demgegenüber sind Termine Verhandlungen, welche nach Ort, Tag und Stunde festgesetzt werden. Termine werden nicht erstreckt, sondern nach Art. 135 ZPO verschoben (Marbacher, Stämpfli Handkommentar, ZPO, N 2 f. zu Art. 144 ZPO).

4.3 Die Vorinstanz hat nach Eingang des Konkursöffnungsbegehrens der Gläubigerin am 15. August 2011 (act. 6/1) die Parteien am Folgetag zur mündlichen Verhandlung auf den 15. September 2011 vorgeladen (act. 6/4). Weitere Prozesshandlungen seitens des Gerichts ergingen nicht, weshalb die „Fristerstreckung bis 29. September 2011 um 10 Uhr“ verwirrtlich erscheint. Es kann sich indes nur um eine Verschiebung der Verhandlung bzw. eine Neuterminierung gehandelt haben. So hat die Vorinstanz offensichtlich den ersten Verhandlungstermin aufgehoben bzw. auf die Durchführung der auf den 15. September 2011 angesetzten Konkursöffnungsverhandlung verzichtet, was einer Verschiebung gleichgestellt ist (KUKO ZPO-Weber, N 1 zu Art. 135 ZPO). In diesem Sinne wurde denn auch mit Schreiben vom 15. September 2011 ein neuer Termin (Datum und Uhrzeit) festgesetzt (act. 6/7). Überdies haben die Parteien, auch wenn ihnen das Erscheinen an der Konkursöffnungsverhandlung gemäss Hinweis auf der

Vorladung vom 16. August 2011 freigestellt war (act. 6/4 Blatt 3), grundsätzlich das Recht auf Teilnahme und kann ein Schuldner die Konkursöffnung abwenden, indem er spätestens in der Konkursöffnungs*verhandlung* durch Urkunden beweist, dass er die Schuld samt Zins und Kosten getilgt hat (act. 6/4 Blatt 3).

Aufgrund dieser Umstände und der Tatsache, dass es nicht im Ermessen des Gerichts liegt, dem Schuldner eine Fristerstreckung ausschliesslich zur Begleichung der Konkursforderung zu gewähren, kann das gerichtliche Schreiben vom 15. September 2011 nicht anders verstanden werden, als dass es sich um eine Neuterminierung der Konkursöffnungs*verhandlung* gehandelt hat. Die Vorinstanz hätte daher bei der vorliegend positiven Beurteilung des schuldnerischen Gesuches statt eine Erstreckung der Frist vielmehr die Verschiebung der *Verhandlung* gewähren und folglich an die Parteien eine neue Vorladung verschicken sollen - an den Schuldner auf dem Rechtshilfeweg -, welche die Anforderungen von Art. 133 ff. ZPO erfüllt (Art. 1 lit. c i.V.m. Art. 135 ZPO). So oder anders stellt das beanstandete vorinstanzliche Schreiben vom 15. September 2011 ein gerichtliches Schriftstück dar (vgl. Schnyder/Liatowitsch, a.a.O., Rz 432 ff.) und wäre daher dem Schuldner auf dem Rechtshilfeweg zu übermitteln gewesen. Direkte postalische Zustellungen von gerichtlichen Schriftstücken nach dem Ausland, die in Verletzung staatsvertraglicher Bestimmungen vorgenommen werden, sind nichtig (vgl. BGE 131 III 448 E. 2.2.3).

5. Die regelwidrige Zustellung der Neuterminierung der Konkursöffnungs*verhandlung* hatte sodann zur Folge, dass der Schuldner an der Teilnahme am Konkursöffnungsverfahren und der Wahrung seiner Prozessrechte gehindert war. Indem der Vorderrichter dennoch den Konkurs über den Beklagten eröffnete, wurde sein Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. An sich wäre die Sache zu erneuter Vorladung zur Konkurs*verhandlung* und zur neuen Entscheidung an den Konkursrichter zurückzuweisen. Davon kann indes abgesehen werden, weil der Schuldner - wie eingangs erwähnt - die der Konkursöffnung zugrundeliegende Forderung samt Zinsen und Kosten zuhanden der Gläubigerin hinterlegt hat (act. 6) und auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes mit einem Barvorschuss sichergestellt hat (act. 4/10). Mit der Auszahlung

an die Gläubigerin besteht nunmehr (sinngemäss) der Konkurshinderungsgrund der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG. Bei dieser Sachlage ist so zu verfahren, wie wenn der Schuldner die dem Konkursbegehren zu Grunde liegende Schuld bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters getilgt hätte. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

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. Für die Zusprechung einer Prozessentschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren an den Schuldner aus der Gerichtskasse fehlt es an der gesetzlichen Grundlage.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 29. September 2011, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.-- wird dem Schuldner auferlegt.
3. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 957.55 **der Gläubigerin** auszuzahlen.
4. Das Konkursamt E._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.-- (Fr. 1'500.-- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt E._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E._____ sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
6. 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. D. Tolic

versandt am: