

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120214-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

Urteil vom 30. November 2012

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ AG, Inkasso,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 10. Oktober 2012 (EK121424)

Erwägungen:

I.

Am 10. Oktober 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich auf Begehren der Gläubigerin vom 3. September 2012 über den Schuldner den Konkurs (act. 3 und 7). Mit Eingabe vom 9. November 2012 erhob der Schuldner dagegen beim Obergericht Beschwerde mit dem Antrag, die Konkursöffnung aufzuheben (act. 2). Er macht unter anderem geltend, dass ihm die Vorladung für die Konkursöffnungsverhandlung vom 10. Oktober 2012 nicht zugestellt worden sei bzw. er sie nicht erhalten habe (act. 2 S. 4, 5 und 7). Er habe von der Verhandlung erst Kenntnis erlangt, als er sich am 6. November 2012 auf Aufforderung eines Polizeibeamten des Polizeipostens C._____ beim Konkursamt C._____ gemeldet habe und ihm dort mitgeteilt worden sei, dass über ihn der Konkurs eröffnet worden sei (act. 2 S. 4 und 7).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Mit Verfügung vom 13. November 2012 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens wurden vom Schuldner mit Posteinzahlung vom 7. November 2012 vorgeschossen (act. 2 S. 6 Ziff. 12, act. 5/10, act. 6).

II.

1. Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerdefrist läuft ab der Zustellung des begründeten Entscheides (Art. 321 ZPO).

Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt wurde, gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungs-

versuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Zustellungsfiktion; Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

2. Die Vorinstanz hat versucht, dem Schuldner den angefochtenen Entscheid als Gerichtsurkunde zuzustellen. Die Post meldete ihm die Sendung am 11. Oktober 2012 zur Abholung und retournierte sie am 19. Oktober 2012 mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz (act. 8/7). Es stellt sich die Frage, ob die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift und der Entscheid als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, d.h. am 18. Oktober 2012, zugestellt gilt. Gegebenenfalls wäre die Beschwerde vom 9. November 2012 verspätet.

Zu prüfen ist, ob der Schuldner mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO):

Der versuchten Zustellung des Konkurserkennnisses und der vom Schuldner versäumten Konkurseröffnungsverhandlung vom 10. Oktober 2012 vorangegangen ist die Verhandlungsanzeige der Vorinstanz vom 12. September 2012 (act. 8/3). Der Schuldner macht jedoch geltend, dass ihm die Vorladung nicht zugestellt worden sei; er sei vom 3. bis 20./21. Oktober 2012 im Ausland gewesen und habe von der Konkursverhandlung keine Kenntnis erhalten (act. 2 S. 4, 5 und 7). Die Verhandlungsanzeige wurde dem Schuldner von der Vorinstanz nachweislich als Gerichtsurkunde zuzustellen versucht. Die Post retournierte sie mit dem Vermerk "nicht abgeholt" (act. 8/4). Ein zweiter Zustellungsversuch erfolgte am 24. September 2012 per A-Post. Der Empfang der A-Post-Sendung ist nicht nachweisbar. Es muss davon ausgegangen werden, dass der Schuldner durch die Verhandlungsanzeige keine Kenntnis vom Verfahren erlangte und deshalb nicht mit Zustellungen rechnen musste.

Dem Konkursbegehren der Gläubigerin vorangegangen ist die Konkursandrohung des Betreibungsamtes D. _____. Diese wurde dem Schuldner am 4. August 2012 zugestellt (act. 8/2/2). Ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden kön-

nen, entsteht indessen erst mit der Rechtshängigkeit bzw. mit deren Kenntnis. Die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet nach der ständigen Praxis der Kammer kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihm Entscheide zugestellt werden können (ZR 104 Nr. 43; BGE 130 III 396).

Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Der Versuch der Vorinstanz, dem Schuldner das Konkurserkennntnis zuzustellen, blieb wirkungslos. Die am 9. November 2012 zur Post gegebene Beschwerde gegen das Konkurserkennntnis, das der Schuldner am 6. November 2012 von einem Mitarbeiter des Konkursamtes erhalten zu haben erklärt (act. 2 S. 3), ist als rechtzeitig entgegenzunehmen.

III.

Die Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, gilt die Anzeige der Konkursverhandlung nicht als zugestellt. Die Vorinstanz hat somit, indem sie den Konkurs eröffnete, den Gehörsanspruch des Schuldners verletzt. Die Beschwerde ist deshalb ohne Weiteres gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.

IV.

Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaligem Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich. Der Schuldner belegt mit einer Quittung, dass er am 9. November 2012 zugunsten der Gläubigerin Fr. 2'782.20 bei der Post einbezahlt hat (act. 5/7). Die Gläubigerin bestätigt unter Bezugnahme auf die in Betreuung gesetzten drei Monatsprämien, dass der genannte Betrag eingegangen ist (act. 12; vgl. act. 9). Somit ist die in Betreuung gesetzte Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten getilgt (act. 8/1 und 8/2/1-2). Überdies hat der Schuldner am 7. November 2012 beim Konkursamt C. _____ einen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.-

geleistet (act. 5/9), womit das Konkursamt über genügend Mittel verfügt, um der Gläubigerin den dem Konkursgericht geleisteten Barvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten. Die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung sind deshalb heute nicht mehr erfüllt.

V.

Die erstinstanzliche Spruchgebühr ist dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis veranlasst hat. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes C._____ sind aus diesem Grund auf die Staatskasse zu nehmen (O-Ger ZH, PS110149 vom 23. August 2012). Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Oktober 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird dem Schuldner auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes C._____ werden auf die Staatskasse genommen.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner Fr. 1'400.– auszuzahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Schuldner unter Beilage einer Kopie von act. 12), an das Konkursamt C._____ und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein.
8. 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt: