

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130017-O/U

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

Urteil vom 14. Februar 2013

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Genossenschaft B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Januar 2013 (EK122090)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 24. Januar 2013 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 1'243.80 nebst Zins zu 5% seit 1. März 2012 zuzüglich Fr. 176.-- Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 7). Dagegen erhob letzterer am 1. Februar 2013 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Gleichzeitig reichte er verschiedene Unterlagen zur Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit ein und wies sowohl die Bezahlung der dem Konkursbegehren zugrunde liegenden Forderung samt Zinsen und Kosten als auch die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes sowie der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr nach (act. 5/2-12, insbesondere act. 5/10-12). Am 4. Februar 2013 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Mit Schreiben vom gleichen Tag bestätigte die Gläubigerin den Zahlungseingang der vollständigen Konkursforderung (act. 11). Eine förmliche Zustellung des Entscheides konnte gemäss den Akten nicht vorgenommen werden (act. 6). Der Schuldner erfuhr offenbar am 25. Januar 2013 vom Konkursamt von der Konkurseröffnung (act. 2 S. 3 ff.). In der mündlichen Information liegt indes ebenso wenig wie in einer allfälligen Aushändigung einer Kopie des Urteils durch den Konkursbeamten an den Schuldner eine förmliche und damit fristauslösende Zustellung des Konkursbescheides (OGer ZH PS120221/Z1, Verfügung vom 19. November 2012). 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 entgegenzunehmen.

2. Der Schuldner moniert, die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 24. Januar 2013 nicht erhalten zu haben (act. 2 S. 5 ff.). Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich denn auch nicht, dass ihm die Vorladung zugestellt werden konnte. Die Sendung kam mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurück (act. 6/4); dass der Schuldner die Vorladung per A-Post erhalten hätte, ist nicht belegt. Der

Vorderrichter erachtete die erfolgten Zustellversuche zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post an den Schuldner als rechtsgenügend und eröffnete – da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren – den Konkurs (act. 7).

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 blosser 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 Konkurseröffnung 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.

An sich wäre die Sache demnach an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorlädt und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin entscheidet. Hiervon kann indes vorliegend abgesehen werden, da die Konkursforderung wie eingangs erwähnt einschliesslich

Zinsen und Kosten beglichen und der Zahlungseingang von der Gläubigerin bestätigt wurde (act. 5/10, act. 11). Ebenso wurden die Kosten des Konkursamtes sichergestellt (act. 5/11). Damit besteht nunmehr (sinngemäss) der Konkurshindereungsgrund der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG, und es ist so zu verfahren, wie wenn der Schuldner die Forderung bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters beglichen hätte.

c) Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet, und es ist die Konkurseröffnung aufzuheben, ohne dass die Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG geprüft werden müsste.

4. Die erstinstanzlichen Kosten sind dem Schuldner aufzuerlegen, weil dieser durch sein Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ausser Ansatz, da die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Januar 2013, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.-- (Fr. 1'000.-- 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.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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 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: