

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 6. März 2014

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 8. Januar 2014 (EK130396)

Erwägungen:

1.

Am 18. Juni 2013 stellte das Betreibungsamt Horgen in der Betreuung Nr. ... einen Zahlungsbefehl gegen den Schuldner und Beschwerdeführer (fortan: Schuldner) im Betrag von CHF 562.65 nebst Zins von 5% seit dem 2. März 2013 aus. Damit wurden Krankenkassenprämien für die Monate Februar bis April 2013 in Betreuung gesetzt. Es wurde kein Rechtsvorschlag erhoben (act. 13/3). Am 19. September 2013 stellte das Betreibungsamt Horgen in der genannten Betreuung die Konkursandrohung aus (act. 13/4). Mit Eingabe vom 22. November 2013 reichte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Gläubigerin) dem Bezirksgericht Horgen ein nicht unterzeichnetes Formular "Konkursbegehren" ein (act. 13/1). Am 26. November 2013 reichte sie das unterzeichnete Konkursbegehren nach (act. 13/2). Am 3. Dezember 2013 erliess das Bezirksgericht Horgen die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 8. Januar 2014. Es vermerkte, das Konkursbegehren stütze sich auf die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg sowie die Konkursandrohung vom 12. April 2013 (act. 13/5/2 und 13/5/3). Die Vorladung wurde als Gerichtsurkunde an die Privatadresse des Schuldners gesendet und von dort an die Adresse des Einzelunternehmens A._____ an der ... [Adresse] in Zürich weitergeleitet, wo sie am 5. Dezember 2013 an C._____ ausgehändigt wurde (act. 13/6 und 21).

Am 8. Januar 2014 eröffnete das Bezirksgericht Horgen über den Schuldner den Konkurs (act. 3 = act. 13/9). Gleichentags teilte das Konkursamt Horgen dem Schuldner die Konkurseröffnung mündlich mit (act. 2 S. 2). Das Urteil wurde an die Privatadresse des Schuldners gesendet und von dort an die ... [Adresse] in Zürich weitergeleitet, wo der Postavis am 10. Januar 2014 hinterlegt wurde (act. 5/3). Die Sendung wurde von der Post am 20. Januar 2014 mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (act. 13/11). Gleichentags wurde die Sendung nochmals aufgegeben und konnte dem Schuldner persönlich am 22. Januar 2014 an dessen Privatadresse in D._____ zugestellt werden (13/12).

Mit Eingabe vom 27. Januar 2014 erhob der Schuldner Beschwerde gegen die Konkurseröffnung und stellte den Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 30. Januar 2014 wurde die aufschiebende Wirkung angeordnet und dem Schuldner Frist zur Zahlung eines Kostenvorschusses von CHF 750.00 angesetzt (act. 10). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 20). Mit Eingaben vom 3. Februar 2014 und 10. Februar 2014 ergänzte der Schuldner seine Begründung (act. 14 und 16). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

Die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen durch Beschwerde gemäss ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Ausgelöst wird die Beschwerdefrist mit der Zustellung des Entscheides durch das Gericht, auch wenn dem Schuldner die Konkurseröffnung bereits vorher durch das Konkursamt mitgeteilt worden ist (OGer, II. ZK, ZR 112 Nr. 4, vgl. auch BGE 135 III 232). Wird dem Schuldner der Konkursentscheid per Einschreiben oder Gerichtsurkunde zugestellt, holt dieser die Sendung jedoch auf der Post nicht ab, so gilt die Zustellung als erfolgt, sofern er damit rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die Zustellungsfiktion setzt somit ein Prozessrechtsverhältnis voraus. Dieses wird in Bezug auf die Konkurseröffnung erst durch die Vorladung zur Konkursverhandlung ausgelöst und nicht bereits durch die Zustellung der Konkursandrohung (BGer, 5A_895/2011 E. 3).

Der Beschwerdeführer muss sich mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen und die behaupteten Mängel wenigstens in groben Zügen aufzeigen. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist eingebracht werden. Nach Ablauf der Beschwerdefrist kann weder die Begründung ergänzt werden, noch können neue Beweismittel eingereicht werden (BGE 136 III 294, BGer vom 26. Juli 2013; 5A_258/2013, zur Publikation vorgesehen; OGer ZH RT110114 vom 18. August 2011, zugänglich unter www.gerichte-zh.ch; Berner Kommentar ZPO, Art. 321 N 22).

Im Beschwerdeverfahren kann insbesondere gerügt werden, der Schuldner sei nicht oder nicht rechtzeitig zur Konkursverhandlung vorgeladen worden. Ist die Rüge begründet, ist der Konkursentscheid wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben. Eine Heilung des Mangels im Rechtsmittelverfahren ist ausgeschlossen (BGer, 5A_895/2011 E. 3).

3.

Der Schuldner macht geltend, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung sei bereits vor Konkursöffnung getilgt worden. Im Jahr 2013 habe er eine sehr schwere Zeit gehabt. Seine Lebens- und Geschäftspartnerin sei Ende November 2013 gestorben. Er befinde sich in einem Ausnahmezustand, den er nur langsam aufarbeiten könne. Die Konkursöffnung sei ihm am 8. Januar 2014 durch das Konkursamt mitgeteilt worden. Von der vorausgehenden Betreuung habe er keine Kenntnis gehabt. Am 9. Januar 2014 habe er beim Konkursamt Horgen CHF 800.00 zur Deckung der Forderung und der Kosten einbezahlt. Gleichentags habe er dem Betreibungsamt Horgen CHF 1'200.00 auf die Betreuung ... einbezahlt. Zudem habe er sicherheitshalber der Gläubigerin am 22. Januar 2014 CHF 3'000.00 überwiesen. Der Betrag sei genügend hoch, um die bereits bezahlte Forderung der Gläubigerin noch einmal zu bezahlen und überdies alle weiteren Forderungen gegen ihn abzudecken. Mit Schreiben vom 23. Januar 2014 habe ihm jedoch die Gläubigerin mitgeteilt, dass sie die Zahlung nicht zuordnen könne. Dies obwohl die Zahlung unter Nennung der Versicherungsnummer erfolgt sei. Von der Vorladung zur Konkursverhandlung habe er erst später Kenntnis erhalten. Er habe in Erfahrung gebracht, dass die Vorladung an C. _____ an der ... [Adresse] in Zürich zugestellt worden sei. Er sei in der Zeit vom 1. Dezember 2013 bis am 10. Januar 2014 arbeitsunfähig gewesen. Am 13. Januar 2013 habe ihm C. _____ die Sendung überreicht. Sein Einzelunternehmen sei zwar auch an der ... [Adresse] domiziliert, doch sei C. _____ weder seine Angestellte noch habe er ihr eine Vollmacht ausgestellt. Die Vorladung sei deshalb nicht gesetzeskonform zugestellt worden, was zur Aufhebung des Konkurses führen müsse (act. 2 und 14).

Der Schuldner behauptet weiter, er habe die Forderung sowie die Kosten bezahlt und damit den Konkursaufhebungsgrund gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG erfüllt. Zudem sei er zahlungsfähig. Der Konkurs wäre deshalb auch abgesehen von den formellen Mängeln des Verfahrens aufzuheben (act. 2 und 14).

Mit Eingabe vom 10. Februar 2014 reichte der Schuldner eine zweite Ergänzung seiner Beschwerdebegründung ein. Er begründete darin seine behauptete Zahlungsfähigkeit eingehender und brachte neu vor, auf der Vorladung zur Konkursverhandlung sei eine falsche Betreibung und eine unzutreffende Konkursandrohung vermerkt worden (act. 16).

4.

4.1. Wie noch zu zeigen sein wird, wurde die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht gültig zugestellt. Mangels eines Prozessrechtsverhältnisses vermochte deshalb die erste Zustellung des Konkursentscheides vom 8. Januar 2014, welche von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert wurde, die Beschwerdefrist nicht auszulösen (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Ausgelöst wurde die Beschwerdefrist damit erst mit der tatsächlichen Aushändigung des Entscheides an den Schuldner, die am 22. Januar 2014 erfolgte. Die Beschwerdefrist lief deshalb am Montag, 3. Februar 2014 ab. Die Beschwerde vom 27. Januar 2014 ist somit rechtzeitig erfolgt. Da auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. In Bezug auf die Begründung der Beschwerde sind die Eingaben vom 27. Januar 2014 (act. 2) sowie die Ergänzung vom 3. Februar 2014 (Datum Poststempel, act. 14) zu berücksichtigen. Die zweite Ergänzung vom 10. Februar 2014 (act. 16) erging hingegen erst nach Ablauf der Beschwerdefrist. Sie ist samt den damit eingereichten Unterlagen nicht zu beachten.

4.2. Zur Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung bediente sich die Vorinstanz der Post. Gemäss Ziff. 2.3.5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post (abrufbar unter www.post.ch) kann eine Sendung durch Übergabe an irgend eine Person am Domizil des Adressaten gültig zugestellt werden. Dass durch die Übergabe an irgend eine Person am Domizil des Empfängers die Post ihren Beförderungsauftrag gegebenenfalls erfüllt hat, bedeutet aber nicht, dass

die Zustellung auch im Verhältnis zwischen Absender und Empfänger wirksam ist. Gemäss der einschlägigen Bestimmung von Art. 138 Abs. 2 ZPO ist eine Vorladung dann gültig zugestellt, wenn sie vom Adressaten oder einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Gemäss dem Track & Trace-Auszug der Post wurde die Vorladung am 5. Dezember 2013 an C._____ ausgehändigt, wobei der Briefträger den Vermerk anbrachte, C._____ sei Bevollmächtigte des Schuldners (act. 13/6). Der Schuldner reichte eine Erklärung von C._____ ein, in der sie bestätigte, in der Zeit vom 1. Dezember 2013 bis am 10. Januar 2014 private Post des Schuldners entgegen genommen zu haben, ohne als Angestellte oder Bevollmächtigte dazu berechtigt gewesen zu sein (act. 15/2).

Abklärungen der Kammer bei der Post ergaben, dass die Post grundsätzlich nur bei ihr hinterlegte Vollmachten akzeptiert (act. 21, AGB Einmalvollmacht und AGB Dauervollmacht, abrufbar unter www.post.ch). Eine Vollmacht des Schuldners zugunsten von C._____ ist bei der Post nicht hinterlegt. Weshalb die an den Schuldner adressierte Vorladung dennoch an C._____ mit dem Vermerk der Vollmacht ausgehändigt wurde, kann nicht mehr eruiert werden. Nach Angaben der Post sei nicht auszuschliessen, dass eine Sendung einem nicht Bevollmächtigten ausgehändigt werde, zumal der Briefträger vor Ort die Hinterlegung einer Vollmacht nicht verifizieren könne (act. 21).

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass C._____ weder Angestellte noch Bevollmächtigte des Schuldners war. Die Zustellung der Vorladung ist zwar wohl gemäss Ziff. 2.3.5 der AGB der Post gültig erfolgt, genügt aber den Anforderungen von Art. 138 Abs. 2 ZPO nicht. Dem Schuldner wurde die Vorladung durch C._____ erst nach Fällung des Konkursentscheides zugestellt. Mangels rechtzeitiger Vorladung ist der Entscheid vom 8. Januar 2014 wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

5.

Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz entfällt, wenn im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides die Voraussetzungen zur Konkurseröffnung (Art. 171

SchKG) nicht erfüllt sind. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist (Art. 172 Ziff. 3 SchKG).

Die Gläubigerin hat die Krankenkassenprämien für die Monate Februar bis April 2013 im Betrag von CHF 562.65 nebst Zins zu 5% seit dem 2. März 2013 in Betreuung gesetzt (Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Horgen, Betreuung Nr. ...). Der Schuldner hat die Bezahlung dieser Schuld samt Zins und Betreuungskosten durch die Quittung und Abrechnung des Betreibungsamtes Horgen vom 16. Januar 2014 nachgewiesen (act. 15/3). Mangels Rechtsvorschlages sind keine Rechtsöffnungskosten entstanden. Die Kosten für das Konkursverfahren sowie das erstinstanzliche Verfahren sind durch die Leistung eines Vorschusses von CHF 800.00 gedeckt (act. 5/4 und 7). Die Voraussetzungen zur Eröffnung des Konkurses sind somit im heutigen Zeitpunkt nicht erfüllt, weshalb eine Rückweisung an die Vorinstanz entfällt.

6.

Das Konkursverfahren wurde am 26. November 2013 eingeleitet (act. 1 und 2). Der Schuldner hat die Forderung erst später, nämlich am 16. Januar 2014, bezahlt. Die vom Schuldner behaupteten früheren Zahlungen (14.06.2013: CHF 735.70, 18.07.2013; CHF 546.90; act. 14 S. 3) sind nicht belegt, da die Zahlungen ohne Hinweis darauf erfolgten, welcher Forderung sie anzurechnen wären (act. 15/4). Das Konkursverfahren wurde somit durch die verspätete Zahlung des Schuldners verursacht, weshalb er die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu tragen hat (Art. 107 Abs. 1 Ziff. e ZPO).

Die Vorinstanz hat aufgrund der damaligen Sachlage den Konkurs zu Recht eröffnet, da sie keine Veranlassung hatte, am Zustellbeleg der Post zu zweifeln, gemäss dem C._____ zur Entgegennahme der Vorladung bevollmächtigt war (act. 6). Die unrichtige Bezeichnung von C._____ als Bevollmächtigte muss sich das Gericht dennoch zuschreiben lassen (BGer 1C_85/2010 E. 1.4). Wäre der Schuldner korrekt vorgeladen worden, so hätte er zwar die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht verhindern, die Konkursöffnung jedoch durch Zahlung vor

dem Konkursentscheid abwenden können. Der Schuldner hat die Forderung samt Betreuungskosten unmittelbar nach Kenntnisnahme des Konkursverfahrens durch Zahlung an das Betreibungsamt getilgt. Zudem hat er der Gläubigerin direkt den Betrag von CHF 3'000.00 zur Anrechnung an die betriebene Forderung überwiesen. Wenn die Gläubigerin in ihrem Schreiben vom 23. Januar 2014 mitteilt, sie könne die Zahlung nicht zuordnen, so ist dies nicht nachvollziehbar. Denn die Gläubigerin bezieht sich selber auf die Betreuung Nr. ... und nennt als Grund der Forderung die Krankenkassenprämien für die Monate Februar bis April 2013 (act. 15/4). Diese Angaben korrespondieren mit den Angaben im Zahlungsbefehl und der Konkursandrohung (act. 13/3 und 13/4). Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass der Schuldner die Konkursöffnung durch Zahlung abgewendet hätte. Da ihm die ungenügende Vorladung nicht angelastet werden kann, sind die Kosten des Konkursamtes auf die Staatskasse zu nehmen.

Für das Beschwerdeverfahren sind keine Kosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihr keine Aufwendungen entstanden sind. Dem Beschwerdeführer ist trotz Obsiegens keine Parteientschädigung zuzusprechen. Eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdegegnerin entfällt, da diese sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert hat (OGer, 23.02.2012, PF110070, publiziert auf www.gerichte-zh.ch). Eine solche zu Lasten des Staates kann aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlage nicht zugesprochen werden.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Horgen vom 8. Januar 2014, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf CHF 300.00 festgelegt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes Horgen werden auf die Staatskasse genommen.

4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Das Konkursamt Horgen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 800.00 der Kasse des Bezirksgerichts Horgen CHF 300.00 zu überweisen. Damit ist die erstinstanzliche Spruchgebühr gemäss Ziffer 2 getilgt. Der verbleibende Restbetrag ist dem Schuldner aus-zuzahlen.
7. Die Kasse des Bezirksgerichts Horgen wird angewiesen, der Gläubigerin den von ihr geleisteten Barvorschuss von CHF 1'800.00 zurückzuzahlen.
8. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, dem Schuldner den von ihm geleisteten Vorschuss von CHF 750.00 zurückzuzahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage je ei-nes Doppels von act. 14 und 16, an das Konkursgericht des Bezirksge-richtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Horgen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsre-gisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Horgen, je gegen Empfangsschein.
10. 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 Be-schwerde 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. Hinden

versandt am: