

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160167-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 17. Oktober 2016

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 14. September 2016 (EK160089)

Erwägungen:

1. Die Beschwerdegegnerin und Gläubigerin (im Folgenden: Gläubigerin) setzte eine Forderung von Fr. 631.80 gegen den Schuldner und Beschwerdeführer (im Folgenden: Schuldner) in Betreuung und verfolgte das bis zur Konkursandrohung. Mit Entscheid vom 14. September 2016 eröffnete der Einzelrichter am Bezirksgericht Pfäffikon den Konkurs über den Schuldner. Der Entscheid konnte dem Schuldner nicht zugestellt werden, weil er ihn auf der Post nicht abholte (act. 11/5).

Mit einem "19. September 2016" datierten, am 20. September 2016 der Post übergebenen Brief führt der Schuldner Beschwerde. Er macht geltend, er habe die Forderung und die Gerichtskosten bezahlt und beantrage darum in der Sache Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Anordnung der aufschiebenden Wirkung für sein Rechtsmittel (act. 2).

Den ihm auferlegten Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren zahlte der Schuldner innert der angesetzten Frist zunächst nicht, dann aber doch noch in der Nachfrist.

2. Die Frist zum Weiterzug des Konkursöffnungs-Urteils beträgt zehn Tage und läuft ab Zustellung des Urteils an die Partei. Die Zustellung an den Schuldner war wie erwähnt nicht möglich, weil er die ihm zur Abholung gemeldete gerichtliche Sendung (act. 6/11/5 zweites Blatt) auf der Post nicht abholte. In gerichtlichen Verfahren gelten Zustellung allerdings als erfolgt, wenn die siebentägige Frist zum Abholen der Sendung auf der Post nicht genutzt wird - falls der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 1 lit. c ZPO und Art. 166/171 SchKG). Der Schuldner hatte die Vorladung zur Konkursverhandlung erhalten (act. 6/8), wusste also vom Verfahren, und darum gilt beim Nichtabholen des Urteils die Zustellfiktion. Die Post avisierte ihm die Sendung am 15. September 2016 und setzte ihm zum Abholen die siebentägige Frist bis zum 22. September 2016 (act. 6/11/5 zweites Blatt). Mit Ablauf dieses Tages galt das Urteil demnach als zugestellt, und die Frist für den Weiterzug lief vom 23. September 2016 an (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde war

also jedenfalls rechtzeitig - der Schuldner dürfte vom Urteil durch das bereits am 15. September 2016 informierte Konkursamt informell Kenntnis erhalten haben (was die Frist noch nicht auslöste: OGerZH PS120221, Verfügung vom 19. November 2012). Als das Obergericht um Zustellung der Akten ersuchte, fragte die Kanzlei des Einzelrichters, ob man eine zweite Zustellung des Urteils an den Schuldner vornehmen müsse (mail-Kopie zum Dossier act. 6). Offenbar ist den dort Beschäftigten Art. 138 ZPO nicht geläufig; eine entsprechende Instruktion wäre nützlich.

Der Kostenvorschuss für die Beschwerde wurde geleistet, diese Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO) ist demnach erfüllt.

Zum Formellen sei noch angefügt, dass der angefochtene Entscheid in der falschen Form erging: nach § 135 Abs. 1 GOG hätte ein "Urteil" gefällt werden müssen. Der Einzelrichter hat entsprechend dem seit 1. Januar 2011 aufgehobenen § 155 Satz 3 GVG/ZH eine "Verfügung" erlassen. Das schadet zwar nicht, weil die Bezeichnung eines Entscheides keine Bedeutung hat (anders als früher: vgl. § 259 ZPO/ZH in Verbindung mit Art. 155 GVG/ZH). Aber es macht keinen guten Eindruck, wenn offenbar noch alte Vorlagen verwendet werden, obschon das Gesetz vor fast sechs Jahren geändert wurde.

3. Die Konkursöffnung kann auf Beschwerde hin aufgehoben werden, wenn der Schuldner nachweist, dass er die in Betreuung gesetzte Forderung bezahlt hat. Zahlte er erst nach Konkursöffnung, aber noch innert der Frist zur Beschwerde, muss er zusätzlich glaubhaft machen, dass er zahlungsfähig ist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Wenn er noch vor der Konkursöffnung zahlte, war diese objektiv nicht gerechtfertigt; in diesem Fall wird die Zahlungsfähigkeit nicht geprüft (vgl. etwa KuKo SchKG-Diggelmann, N 12 zu Art. 174).

"Zahlung" bedeutet zunächst Zahlung aller in der Konkursandrohung genannten Positionen und der Kosten des Konkursgerichts. Im vorliegenden Fall belegt der Schuldner, dass er dem zuständigen Betreibungsamt am 14. September 2016 Fr. 798.90 bezahlte (act. 4), was ausreichend war (laut Konkursandrohung hatte der Schuldner die Forderung von Fr. 631.80 sowie Betreuungskosten von

Fr. 121.60 und Fr. 22.50 zu zahlen. Zusammen mit der Inkassogebühr von Fr. 5.-- von Art. 19 GebV SchKG gibt das Fr. 780.30). Am selben Tag wurde um 11.30 Uhr der heute angefochtene Konkurs eröffnet. Genau genommen belegt der Schuldner damit nicht die Zahlung vor der Konkurseröffnung, weil die Zeit der Zahlung nicht ausdrücklich vermerkt ist. Das Amt teilte der Kammer dann zwar telefonisch mit, es sei noch vor der Konkurseröffnung gewesen (act. 8), das ist aber höchst wahrscheinlich nicht zutreffend, weil das offenbar dem Schuldner ausgehändigte Papier laut Vermerk in der Fusszeile um 15.17 Uhr ausgedruckt worden ist. Auf den Punkt wird es aber am Ende nicht ankommen:

Wenn das Konkursbegehren abgewiesen wird, weil der Schuldner gerade noch rechtzeitig bezahlt hat, muss dem Gläubiger der Vorschuss zurück erstattet werden können, welchen er dem Konkursgericht zahlte (Art. 169 Abs. 2 SchKG und Art. 98 ZPO). Zur Zahlung der Forderung nebst allen Kosten gehört darum, dass der Schuldner die Kosten des Konkursgerichts ebenfalls bezahlt. Diese Kosten wurden in der Vorladung zur Konkursverhandlung mit Fr. 500.-- beziffert (act. 6/5/1 S. 1 unten und S. 2 Ziff. 2). Der Schuldner legt zum Beweis dafür, dass er auch den Betrag bezahlt habe, seiner Beschwerde ein Papier bei, das mit "Einnahme-Beleg" überschrieben ist. Danach hat A. _____ fünfhundert Franken "für BG Pfäffikon EK160089" "bezahlt/empfangen", und nach "14.9.2016" (ohne Ortsangabe) auf der Zeile "Ort und Datum" finden sich unter "visiert" resp. "Visum des Einzahlers" zwei schwungvolle und komplett unleserliche Schriftzüge (act. 5). Ob der Schuldner (A. _____) zahlte oder empfing, bleibt unbestimmbar. Falls er zahlte: ob er dem Gericht zahlte oder irgend einer Person, welche das Geld dem Gericht ("BG Pfäffikon EK160089") bringen würde, ist ebenfalls unklar. Auf Anfrage (act. 15) beschied ein Mitarbeiter des Einzelrichters der Kammer, er habe das Geld entgegen genommen und anerbote sich für weitere telefonische Erläuterungen (act. 16). Einer korrekten Gerichtsverwaltung entspräche es, Quittungen auszustellen, welche erkennen lassen, *wer* (Name, leserlich) *in welcher Funktion* und/oder *für welche gerichtliche Stelle* Geld entgegen genommen hat.

Entscheidend ist allerdings letztlich Folgendes: der Schuldner hat die Tatsache der Zahlung der Forderung dem Konkursrichter nicht rechtzeitig urkundlich

belegt (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Der Konkurs wurde daher aus der Sicht und nach dem Kenntnisstand des Gerichts zu Recht eröffnet. Die Tatsache der Konkursöffnung wurde unverzüglich dem Konkursamt mitgeteilt (Art. 176 SchKG), und dieses musste sofort die dringendsten Anordnungen treffen (Art. 221 SchKG). Das ist eine direkte Folge davon, dass der Schuldner zu spät bezahlte resp. dem Gericht die Zahlung nicht rechtzeitig nachwies. Darum hat der Schuldner auch bei Aufhebung des Konkurses diese Kosten zu zahlen, und darum verlangt die Praxis, dass auch diese Kosten sicherzustellen sind (vgl. wiederum etwas KuKo SchKG-Diggelmann, N 10 zu Art. 174). Das wurde dem Schuldner mit Verfügung vom 2. September 2016 ausdrücklich mitgeteilt (act. 9 S. 2 unten, mit Hervorhebung, ferner Dispositiv Ziff. 2). Eine solche Sicherstellung ist nicht erfolgt - oder jedenfalls wurde sie der Kammer nicht nachgewiesen.

Damit kann der Konkurs nicht aufgehoben werden; die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der unterliegende Schuldner. Sie sind auf Fr. 500.-- anzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Kasse des Obergerichts wird ersucht, den Rest des Vorschusses dem Konkursamt Illnau für Rechnung des Konkurses A._____ zu überweisen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt Illnau, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Illnau-Effretikon, alles gegen Empfangsschein.

4. 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. O. Canal

versandt am:
17. Oktober 2016