

ZH_OBERGERICHT PS120208 vom 6. Dezember 2012

ZH Obergericht, 2012-12-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS120208

FR: ZH_OBERGERICHT PS120208 du 6 décembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT PS120208 del 6 dicembre 2012

Erwägungen

E. 1

Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 25. Oktober 2012, 10.00 Uhr, über die Schuldnerin den Konkurs (act. 3 = act. 7/5). Das Urteil wurde ihr am 30. Oktober 2012 zugestellt (act. 7/7). Mit recht- zeitig eingereicherter Beschwerde vom 6. November 2012 liess die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bean- tragen (act. 2 S. 2). Sie belegte, am 5. November 2012 bei der Schweizerischen Post zugunsten der B. _____ AG, den Betrag von Fr. 7'267.65 einbezahlt (Kon- kursforderung Fr. 8'750.15 zzgl. Zins zu 4,5% vom 1. Januar 2012 bis zur Kon- kurseröffnung am 25. Oktober 2012 sowie Fr. 500.-- Umtriebsspesen und Fr. 173.-- Betreuungskosten [inkl. Kosten der Konkursandrohung] abzüglich Teilzah- lung von Fr. 2'500.--; act. 2 S. 12; act. 3; act. 5/16) und gleichentags die Konkurs- kosten sichergestellt zu haben (act. 5/17 und act. 8). Überdies leistete sie den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren in Höhe von Fr. 750.-- (act. 5/18). Mit Präsidialverfügung vom 18. November 2012 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

E. 2

Die Schuldnerin liess u.a. ausführen, die Konkursandrohung sei ihr nicht rechtsgenügend zugestellt worden. Von der Vorladung zur Konkursverhand- lung habe sie keine Kenntnis gehabt und erst mit Zustellung des Konkurserschöff- nungsurteils vom bestehenden Konkurs erfahren. Aus der Sendungsinformation der Post gehe hervor, dass die Vorladung zunächst aufgrund der von der Schuld- nerin erteilten Postumleitung von der Poststelle 1 an die aktuelle Poststelle 2 wei- tergeleitet worden sei. Da die Zustellung am 1. Oktober 2012 erfolglos gewesen und die Vorladung von der Schuldnerin bei der Poststelle auch nicht abgeholt worden sei, sei diese an den Absender retourniert worden. Die Unterschrift auf der Empfangsbestätigung stamme folglich von einem Mitarbeiter resp. Kurier des Absenders, der die von der Post zurückgesandte Vorladung entgegen genommen habe und nicht von einem Mitarbeiter der Schuldnerin. So sei ihr weder der unter- zeichnende C. _____ bekannt, noch verfüge sie über ein Postfach. Ausserdem

- 3 - deute die frühe Erfassungszeit, 06:42 Uhr, darauf hin, dass es sich nicht um eine Zustellung bei der Schuldnerin handeln könne. Eine zweite Zustellung sei nicht er- folgt, auch nicht per A-Post. Das angefochtene Urteil sei ergangen, ohne dass die Schuldnerin von ihrem rechtlichen Gehör habe Gebrauch machen und so den Konkurs durch Zahlung der in Betreuung gesetzten Forderung vor Erlass des Konkurserschöffnungsurteils habe verhindern können (act. 2 S. 3 f. und 6 f.). 3.1 Aus den vorinstanzlichen Akten ist ersichtlich, dass die Aufgabe der Vorladung an die Schuldnerin am 28. September 2012 von der Poststelle 3 an die Adresse D. _____-Strasse ..., ... E. _____, erfolgte. Die Gerichtsurkunde wurde zufolge eines Nachsendungsauftrages an die F. _____-Strasse ... in E. _____ wei- tergeleitet (vgl. act. 7/4 Couvert) und nach gescheiterter Zustellung an die Schuldnerin am 1. Oktober 2012

zur Abholung bei der Poststelle 2 gemeldet. Nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist bzw. am 9. Oktober 2012 wurde die Gerichtsurkunde mit dem Vermerk der Post „Nicht abgeholt“ an die Vorinstanz (Poststelle 3) retourniert, wo sie am 10. Oktober 2012, 06:42 Uhr, via Postfach zugestellt wurde (act. 7/4). Aus der Sendungsverfolgung bzw. dem dargelegten Ablauf ergibt sich somit ohne Weiteres, dass es sich entgegen den Angaben auf der Empfangsbestätigung beim unterzeichnenden Empfänger C._____ nicht um einen Bevollmächtigten der Schuldnerin handeln kann (act. 7/4), sondern wie diese zu Recht moniert, allenfalls um einen Mitarbeiter oder Kurier des Absenders, welcher die retournierte Vorladung entgegen genommen hat. Gemäss Vermerk auf dem retournierten Couvert wurde der Schuldnerin die Vorladung am 10. Oktober 2012 per A-Post zugesandt. Ob sie diese erhalten hat, ist nicht ersichtlich. Sie selbst bestreitet das (act. 2 S. 7). Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich somit nicht, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden konnte. Der Vorderrichter erachtete die erfolgten Zustellversuche an die Schuldnerin zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post offenbar als rechtsgenügend und eröffnete - da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren - den Konkurs (act. 3). 3.2 Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern

- 4 - 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). 3.3 Da die Schuldnerin 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 die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. An sich wäre die Sache zu erneuter Vorladung zur Konkursverhandlung und zur neuen Entscheidung an den Konkursrichter zurückzuweisen. Davon kann indes abgesehen werden, weil die Schuldnerin - wie eingangs erwähnt - die der Konkurseröffnung zugrundeliegende Forderung samt Zinsen und Kosten getilgt (act. 5/16) und auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes mit einem Barvorschuss sichergestellt hat (act. 5/17). Somit ist der Konkursverhinderungsgrund der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG gegeben. Bei dieser Sachlage ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die dem Konkursbegehren zu Grunde liegende Schuld bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters getilgt hätte. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

E. 4

Die erstinstanzlichen Kosten sind der Schuldnerin aufzuerlegen, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 107 ZPO m.w.H.). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.