

ZH_OBERGERICHT PS120214 vom 30. November 2012

ZH Obergericht, 2012-11-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS120214

FR: ZH_OBERGERICHT PS120214 du 30 novembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT PS120214 del 30 novembre 2012

Erwägungen

E. 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 ein- geschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abge- holt wurde, gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungs-

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

E. 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 Zu- stellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift und der Entscheid als am sieb- ten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, d.h. am 18. Oktober 2012, zu- gestellt gilt. Gegebenenfalls wäre die Beschwerde vom 9. November 2012 ver- spätet. 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 Konkursöffnungsverhandlung vom 10. Oktober 2012 vorangegan- gen ist die Verhandlungsanzeige der Vorinstanz vom 12. September 2012 (act. 8/3). Der Schuldner macht jedoch geltend, dass ihm die Vorladung nicht zu- gestellt 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 nachweis- lich 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 verpflich- tet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden kön-

- 4 - 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 Konkurserkennnis zuzustellen, blieb wirkungslos. Die am 9. November 2012 zur Post gegebene Beschwerde gegen das Konkurserkennnis, 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 nochmaliger 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.–

- 5 - 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 Konkursöffnung 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:

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