

ZH_OBERGERICHT PS190061 vom 5. April 2019

ZH Obergericht, 2019-04-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS190061

FR: ZH_OBERGERICHT PS190061 du 5 avril 2019

IT: ZH_OBERGERICHT PS190061 del 5 aprile 2019

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil vom 27. März 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 501.70 nebst 5 % Zins seit 19. September 2018, Fr. 100.– Betreuungskosten, Fr. 50.– Mahnkosten und 5% Verzugszins vor Betreuung von Fr. 5.85 zuzüglich Fr. 206.60 Betreibungsgebühr, total Fr. 877.15, den Konkurs über den Schuldner (act. 7). Dagegen erhob dieser mit Eingabe vom 2. April 2019 Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). 2.a) Gemäss der Sendungsverfolgung der Post hat der Schuldner den angefochtenen Entscheid bislang nicht abgeholt (act. 8/10). Mit der am 2. April 2019 zur Post gegebenen Beschwerde ist die Rechtsmittelfrist aber ohnehin gewahrt. Zum Einwand des Schuldners, er habe erst am 28. März 2019 durch das Konkursamt von der Konkurseröffnung erfahren (act. 2 Rz 4), bleibt Folgendes anzufügen: Sollte der Konkursbeamte den Schuldner nur mündlich über die Konkurseröffnung informiert haben, läge darin keine förmliche Zustellung des Konkursbescheides, welche die Rechtsmittelfrist ausgelöst haben könnte. Nicht anders wäre es zu halten, wenn der Konkursbeamte dem Schuldner, wie es häufig der Fall ist, eine Kopie des Urteils ausgehändigt hätte. Demnach hätte die Rechtsmittelfrist noch gar nicht zu laufen begonnen. Eine Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO kann – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (E. 4) – nicht angenommen werden. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Beschwerde als rechtzeitig entgegenzunehmen. b) Mit Einreichung der Beschwerde belegt der Schuldner, dass er Fr. 1'250.– zuhanden der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat (act. 2 Rz 8 f., act. 5/3). Damit ist die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bei weitem gedeckt. Ebenso stellte die Schuldnerin die Kosten des Konkursamts in der Höhe von Fr. 1'000.– sicher und leistete bei der Obergerichtskasse für das Beschwerdeverfahren einen Vorschuss von Fr. 750.– (act. 5/4 und 5/5). Ferner - 3 - reichte er verschiedene Unterlagen zur Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit ein (act. 5/6-12).

E. 3

Der Schuldner erklärt, er habe die Vorladung zur Konkursverhandlung in seinen Unterlagen nicht auffinden können (act. 2 Rz 4). Damit macht er sinn- gemäss geltend, er sei nicht zur Verhandlung vorgeladen worden. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich nicht, dass dem Schuldner die Vorladung zugestellt werden konnte. Die mittels Gerichtsurkunde verschickte Sendung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retourniert. Dass der Schuldner die Vorladung per A-Post erhalten hätte, ist nicht belegt (act. 8/6). Das Konkursgericht erachtete die Zustellungsversuche 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). 4.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. Die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag indes 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) Daraus erhellt, dass der Schuldner nicht mit der Zustellung einer Vorladung zur Konkursverhandlung vom 27. März 2019 rechnen musste, da die Konkursandrohung vom 7. November 2018 (act. 8/2/2) kein Prozessrechtsverhältnis

- 4 - entstehen liess. Damit kann auch nicht gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO präsumiert werden, die Vorladung gelte als zugestellt. Indem das Konkursgericht 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 wurde (act. 5/3). Ebenso wurden die Kosten des Konkursamts sichergestellt (act. 5/4). Damit besteht nunmehr der Konkurshindungsgrund 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 Konkursgerichts beglichen hätte.

E. 5

Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet. Die Konkurseröffnung ist aufzuheben und das Begehren abzuweisen, ohne dass die Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG geprüft werden müsste. Der die Konkursforderung von Fr. 877.35 (vgl. act. 2 Rz 8) übersteigende Betrag ist dem Schuldner zu erstatten. Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 6

Die erstinstanzlichen Kosten sind dem Schuldner aufzuerlegen, da seine Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Auch die Kosten des Konkursamts Hottingen-Zürich sind auf die Staatskasse zu nehmen (OGer ZH PS170032 vom 15. Februar 2017). Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. Art. 107 N 13 m.w.H.).

- 5 - Es wird erkannt:

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