

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130157-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 23. September 2013

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. August 2013 (EK131283)

Erwägungen:

1.a) Mit Urteil vom 29. August 2013 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 65'903.95 zuzüglich Fr. 388.-- Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 3). Gemäss der Sendungsinformation der Post wurde der Entscheid am 30. August 2013 aufgegeben. Die Zustellung schlug fehl, da der Schuldner unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden konnte (act. 5/12). Weil aber seine am 9. September 2013 zur Post gegebene Beschwerde ohnehin rechtzeitig erfolgte und sich die Frage nach einer allfälligen Ergänzung der Eingabe innert der Rechtsmittelfrist nicht stellt, kann offen bleiben, ob eine förmliche Zustellung fehlt oder eine Zustellungs-fiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 ZPO anzunehmen ist.

b) Der Schuldner beantragt die Aufhebung des Konkursdekretes, da er nicht der Konkursbetreuung unterliege. Er sei im Handelsregister lediglich als Gesellschafter und Geschäftsführer der Firma C._____ GmbH eingetragen (act. 2 und 4). Mit Verfügung vom 12. September 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Gläubigerin Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten und sich insbesondere zur Frage der Konkursfähigkeit des Schuldners zu äussern (act. 9). In ihrer rechtzeitig erstatteten Antwort führte die Gläubigerin aus, im Zeitpunkt der Konkursandrohung sei der Schuldner nicht im Handelsregister eingetragen gewesen. Somit unterliege er nicht der Betreuung auf Konkurs (act. 11). Mit Verfügung vom 16. September 2013 erklärte das Betreibungsamt Zürich ... die Konkursandrohung in der massgeblichen Betreuung Nr. ... als nichtig. Die Konkursandrohung sei fälschlicherweise zugestellt worden. Die Betreuung Nr. ... werde auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt, und die Kosten von Fr. 160.-- für die Konkursandrohung würden der Gläubigerin gutgeschrieben (act. 12).

2. Voraussetzung der Konkurseröffnung ist eine gültige Konkursandrohung (Art. 166 Abs. 1 SchKG). Das Betreibungsamt hat die Nichtigkeit der dem Konkursbegehren zugrunde liegenden Konkursandrohung vom 16. Mai 2013 fest-

gestellt. Hierzu ist anzumerken, dass die verfügende Behörde grundsätzlich jederzeit und von Amtes wegen eine nichtige Verfügung korrigieren kann (Art. 22 SchKG; BSK SchKG I-Cometta/Möckli, 2. Aufl., Art. 22 N 5 und 14 ff.). Da es somit an einer gültigen Konkursandrohung fehlt, ist die Konkurseröffnung vom 29. August 2013 aufzuheben. Dem steht der Umstand, dass die Verfügung des Betreibungsamtes noch nicht in (formelle) Rechtskraft erwachsen ist, nicht entgegen, kommt doch einer allfälligen Beschwerde hiergegen von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet.

3. Von der Erhebung von Kosten für das Konkurseröffnungsverfahren ist abzusehen, da die Gläubigerin das Konkursbegehren im Vertrauen auf die Gültigkeit der vom Betreibungsamt ausgestellten Konkursandrohung gestellt hat. Die beim Konkursamt ...-Zürich gegebenenfalls entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Mangels gesetzlicher Grundlage ist dem Schuldner keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. August 2013, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt ...-Zürich wird angewiesen, die konkursamtlichen Kosten auf die Staatskasse zu nehmen und den ihm vom Konkursgericht überwiesenen Teil des von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses an die Gläubigerin zurückzuerstatten.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Schuldner unter Beilage eines Doppels von act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt ...-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich ..., je gegen Empfangsschein.
6. 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. S. Bohli Roth

versandt am: