

LP 13 27

ENTSCHEID VOM 4. JUNI 2013

**Kantonsgericht Wallis
Gerichtsbehörde in Schuldbetreibung und Konkurs**

Dr. Lionel Seeberger, Einzelrichter; Dr. Adrian Walpen, Gerichtsschreiber

in Sachen

X _____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt A _____

gegen

Y _____, Beschwerdegegnerin

(Konkurs)

Beschwerde gegen das vom Bezirksgericht B _____ am 14. Mai 2013
ausgesprochene Konkursurteil

eingesehen

das vom Bezirksgericht B_____ am 14. Mai 2013 auf Begehren der Y_____ gegen X_____ , ausgesprochene und gleichentags versandte Konkurserkennntnis;

die von X_____, C_____ und D_____ erhobene Beschwerde vom 27. Mai 2013 (Postaufgabe: 28. Mai 2013), mit welchem diese u.a. geltend machten, der Konkursit sei nicht zur Verhandlung vorgeladen und der Entscheid vom 14. Mai 2013 sei diesem nicht eröffnet worden;

die Sendungsverfolgung „Track and Trace“ der Schweizerischen Post (Ausdruck vom 3. Juni 2013), wonach die Vorladung am 15. März 2013 zwar versendet, vom Beschwerdeführer aber nicht abgeholt wurde;

die handschriftliche Anmerkung des Bezirksgerichts auf dem soeben genannten Ausdruck, dass der Versand per A-Post am 26. März 2013 erfolgt sei;

die Sendungsverfolgung „Track and Trace“ der Schweizerischen Post (Ausdruck vom 3. Juni 2013), wonach der Entscheid am 14. Mai 2013 zwar versendet, vom Beschwerdeführer aber nicht abgeholt wurde;

das Schreiben des Bezirksgerichts vom 24. Mai 2013, mit welchem die nicht abgeholte Postsendung vom 14. Mai 2013 dem Beschwerdeführer abermals per A-Post zugestellt und diesem mitgeteilt wurde, dass die Zustellung vom 14. Mai 2013 als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt gelte;

erwägend

dass die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden kann, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG);

dass das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe vorab zu klären hat, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen (Diggelmann/Müller, Kurzkommentar SchKG, N. 7 zu Art. 174 SchKG);

dass es sich bei der Anzeige der Konkursverhandlung nach Art. 168 SchKG um ein Formalerfordernis der Konkursöffnung handelt (Nordmann, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 168 SchKG);

dass eine durch eingeschriebene Postsendung versandte, nicht abgeholte Vorladung des Gerichts am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt gilt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; sog. Zustell- oder Zustellungsfiktion);

dass nach der Rechtsprechung erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis entsteht, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen;

dass diese prozessuale Pflicht folglich mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses entsteht und insoweit gilt, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 138 III 225 E. 3.1; 130 III 396 E. 1.2.3 jeweils mit Hinweisen);

dass das Verfahren auf Konkursöffnung im Verhältnis zu den vorangegangenen Verfahrensschritten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein neues Verfahren darstellt und die Konkursandrohung folglich kein Prozessrechtsverhältnis vor dem Konkursrichter begründet (BGE 138 III 225 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen);

dass die Zustellungsfiktion folglich auf die Zustellung der Anzeige der Konkursverhandlung nicht anzuwenden ist (BGE 138 III 225 E. 3.2);

dass der Nachweis der Zustellung der Anzeige der Konkursverhandlung per A-Post nicht möglich ist, weshalb offenbleiben kann, ob die Anzeige gemäss Art. 168 SchKG überhaupt mit A-Post verschickt werden darf (Art. 138 Abs. 4 ZPO) oder ob sie mit eingeschriebener Post oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung versandt werden müsste (Art. 138 Abs. 1 ZPO; in ebendiesem Sinne BGE 138 III 225 E. 3.4);

dass bei fehlender Anzeige der Konkursverhandlung vor ihrer Durchführung den Parteien das rechtliche Gehör verweigert wird und dieser Mangel dermassen schwerwiegend ist, dass eine Heilung vor der Rechtsmittelinstanz ausgeschlossen erscheint (BGE 138 III 225 3.3; 135 I 279 E. 2.6.1);

dass mangels genügender Anzeige der Konkursverhandlung die Konkursöffnung vom 14. Mai 2013 über den Beschwerdeführer aufzuheben ist und das Bezirksgericht die Konkursverhandlung erneut anzusetzen und anzuzeigen haben wird;

dass der Beschwerdeführer aufgrund des vorliegenden Verfahrens nunmehr Kenntnis vom Konkursbegehren hat und mit einer neuerlichen Vorladung zur Konkursverhandlung rechnen muss, weshalb jede weitere Zustellung durch das Konkursgericht bei Nichtabholung durch den Schuldner fortan als zugestellt gelten wird;

dass das Gesuch um aufschiebende Wirkung mit vorliegendem Entscheid gegenstandslos wird;

dass aufgrund der Gutheissung der Beschwerde aufgrund eines formellen Mangels des Konkursverfahrens auf die Einholung einer Beschwerdeantwort bei der Beschwerdegegnerin verzichtet werden kann, da sich diese ohnehin nur zur Frage der rechtsgültigen Zustellung der Vorladung hätte äussern können und ihr aufgrund der Gutheissung der Beschwerde bei Ausübung ihrer Parteirechte Kosten hätten auferlegt werden müssen;

dass dem Verfahrensausgang entsprechend die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf Fr. 400.-- (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 GebV SchKG), dem Staat aufzuerlegen sind;

dass der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer, der eine Parteientschädigung beantragt hat, Anspruch auf eine solche hat (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO);

dass das Anwaltshonorar bei Streitigkeiten, die im Bereich des SchKG zu einer Entschädigung berechtigen, zwischen Fr. 250.-- und Fr. 3'300.-- festgesetzt wird (Art. 33 GTar), womit sich für das vorliegende Verfahren, das Dossier war nicht umfangreich, die sich stellenden Rechtsfragen leicht und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin konnte sich auf eine knappe Beschwerdeschrift beschränken, eine Entschädigung von Fr. 700.-- (inkl. Auslagen), zu zahlen durch den Staat, rechtfertigt;

erkennt

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das am 14. Mai 2013 über das Vermögen von X_____ ausgesprochene Konkursurteil des Bezirksgerichts B_____ aufgehoben.
2. Die Sache geht zurück an das Bezirksgericht, das die Konkursverhandlung erneut anzusetzen und anzuzeigen hat.
3. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Fr. 400.-- werden dem Staat Wallis auferlegt.
5. Der Staat Wallis bezahlt X_____ eine Parteientschädigung von Fr. 700.--.

Sitten, 4. Juni 2013