

# ZH\_OBERGERICHT PS120151 vom 25. September 2012

ZH Obergericht, 2012-09-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS120151](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS120151)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS120151 du 25 septembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT PS120151 del 25 settembre 2012

## Erwägungen

### E. 10

September 2012 wurde der Kostenvorschuss in der verlangten Höhe einbezahlt (act. 14 bzw. act. 16). II. Mit Verfügung vom 24. August 2012 wurde der Schuldnerin in Anwendung von Art. 98 ZPO in Verbindung mit Art. 1 lit. c und Art. 96 ZPO sowie der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (LS 211.11) eine zehntägige Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.00 angesetzt (act. 7). Der Entscheid wurde an die im Handelsregister eingetragene und in der Beschwerde-

- 3 - schrift angegebene Adresse in D.\_\_\_\_\_ versandt (act. 8/1). Von diesem Ort wurde die entsprechende Sendung offenbar an eine Adresse in F.\_\_\_\_\_ weitergeleitet (act. 8/1) und dort am 28. August 2012 zur Abholung gemeldet (act. 9). Als Rechtsmittelklägerin musste die Schuldnerin mit der Zustellung obergerichtlicher Entscheide rechnen. Diesfalls gilt eine eingeschriebene Sendung als am letzten Tag einer Frist von sieben Tagen ab Benachrichtigung als zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO), in diesem Fall am 4. September 2012. Die Frist lief demnach am 14. September 2012 ab. Damit wurde der am 10. September 2012 geleistete Kostenvorschuss in der verlangten Höhe innert Frist geleistet (act. 14 bzw. act. 16). Auf das Rechtsmittel ist daher einzutreten. III. 1. Eine Konkursöffnung setzt die rechtzeitige Anzeige der gerichtlichen Verhandlung über das Konkursbegehren an die Parteien voraus (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt nach Art. 138 Abs. 1 ZPO durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (vgl. auch Art. 1 lit. c ZPO). Wie bereits gesehen, gilt eine nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht abgeholte eingeschriebene Postsendung als am siebten Tag nach erfolglosem Zustellungsversuch zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Aus den vorinstanzlichen Akten (act. 6/1-4) ergibt sich, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 14. August 2012 nicht zugestellt werden konnte. Das Couvert der Gerichtsurkunde wurde vielmehr mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert. Nach erneutem Eingang bei der Vorinstanz wurde am 2. Juli 2012 der Stadtmann D.\_\_\_\_\_ ersucht, der Schuldnerin die Vorladung bis spätestens 2. August 2012 auszuhändigen. Mit Schreiben vom 30. Juli 2012 sandte der Stadtmann dieses Gesuch an die Vorinstanz zurück und meldete, dass der Auftrag um Zustellung nicht erledigt werden können. Trotz mehreren Versuchen sei es nicht möglich gewesen, jemanden persönlich oder telefonisch zu erreichen. Beim letzten Versuch am 27. Juli 2012 seien die Räumlichkeiten

- 4 - ten der Schuldnerin am Sitz gemäss Handelsregistereintrag in D.\_\_\_\_\_ leer gewesen. Gemäss ständiger Praxis der Kammer begründet die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt mit Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und

damit keine Pflicht des Schuldners zur Zustellermöglichkeit gerichtlicher Entscheide. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss der Schuldner demnach nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und für die jederzeitige Entgegennahme gerichtlicher Postsendungen sorgen (ZR 104 Nr. 43; BGer 5A\_895/2011; BGer 5D\_130/2011; BGE 130 III 396). Demnach musste die Schuldnerin im vorliegenden Konkursöffnungsverfahren nicht mit gerichtlichen Sendungen rechnen. Anzeichen für eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf das noch nicht begründete Prozessrechtsverhältnis (z.B. Indizien, die auf effektiven Zugang der Vorladung zur Konkursverhandlung oder mindestens der entsprechenden Abholungseinladung schliessen lassen, oder Indizien, die darauf schliessen lassen, dass der Empfänger vom Versuch wusste, ihm die Anzeige der Konkursverhandlung zuzustellen) finden sich in den Akten keine. Diesfalls muss die Vorladung zur Konkursverhandlung als erste, ein Prozessrechtsverhältnis begründende Zustellung entweder durch den Stadtammann oder die Polizei effektiv oder mittels öffentlicher Bekanntmachung erfolgen (vgl. zum Ganzen auch LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 52 bis 54). In den vorinstanzlichen Akten findet sich weder eine Bestätigung, wonach die Schuldnerin die Vorladung auf irgendeine Weise tatsächlich in Empfang genommen hätte, noch Unterlagen zu einer öffentlichen Bekanntmachung. Durch Aussprache der Konkursöffnung ohne vorherige Möglichkeit der Schuldnerin zur Stellungnahme zum Konkursbegehren, wurde deren Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Der Entscheid betreffend Konkursöffnung vom 14. August 2012 ist daher aufzuheben. 2. An sich wäre die Sache zu erneuter Vorladung zur Konkursverhandlung und neuem Entscheid an den Konkursrichter zurückzuweisen. Davon kann indes abgesehen werden, weil die Schuldnerin den Nachweis der Bezahlung der Konkursforderung (inklusive Zins und Kosten) bereits vor Konkursöffnung innert

- 5 - Rechtsmittelfrist erbracht hat (act. 4 und act. 15). Nach dem Gesagten besteht somit ein Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG. Bei dieser Sachlage ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Zahlung der dem Konkursbegehren zugrundeliegenden Schuld bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters nachgewiesen hätte. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. IV. Dem einzigen Verwaltungsrat der Schuldnerin, B.\_\_\_\_, wurde am 23. April 2012 der Zahlungsbefehl und am 22. Mai 2012 die Konkursandrohung zugestellt (act. 6/1). Gemäss Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamts D.\_\_\_\_ vom 16. August 2012 wurde die der Konkursforderung zugrundeliegende Betreuung Nr. ... am 18. Juni 2012 durch Zahlung erledigt (act. 4). Das Konkursbegehren der Gläubigerin datiert vom selben Datum (act. 6/1). Aufgrund dieser zeitlichen Abläufe konnte die Gläubigerin kaum von der Zahlung ihrer Forderung wissen und stellte daher das Konkursbegehren wohl zu Recht. Immerhin macht auch die Schuldnerin nichts Gegenteiliges geltend. Sie stellt sich vielmehr lediglich auf den Standpunkt, sie habe die Forderung gleichentags beglichen (act. 2). Damit hat die Schuldnerin die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.00 zu tragen, weil sie das Konkursverfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Die Gläubigerin hat für das erstinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss geleistet (act. 3 S. 2 = act. 6/2 S. 2). Hingegen fallen die zweitinstanzlichen Gerichtskosten aufgrund des Verfahrensfehlers der Vorinstanz ausser Ansatz. Daher sind von dem von der Schuldnerin für das zweitinstanzliche Verfahren bei der Obergerichtskasse geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.00 zur Deckung der von der Gläubigerin bevorschussten Kosten des

Konkursgerichts Fr. 500.00 an letztere auszuzahlen. Für die Zu- sprechung einer Prozessentschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren an die Schuldnerin aus der Gerichtskasse fehlt es an der gesetzlichen Grundlage.

- 6 - Ebenso sind die beim Konkursamt D. \_\_\_\_\_ entstandenen Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen. Es wird erkannt:

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