

# ZH\_OBERGERICHT PS140245 vom 31. Oktober 2014

ZH Obergericht, 2014-10-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS140245](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS140245)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS140245 du 31 octobre 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT PS140245 del 31 ottobre 2014

## Erwägungen

### E. 1

Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 17. September 2014 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3 = act. 7 = act. 8/15). Mit Beschwerde vom 6. Oktober 2014 beantragte diese rechtzeitig bei der Kammer die Aufhebung des Konkursdekrets und stellte ein Gesuch um auf- schiebende Wirkung (act. 2 S. 2). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 7. Oktober 2014 entsprochen (act. 9). Den vom Obergericht usanzgemäss erho- benen Kostenvorschuss von Fr. 750.– hatte die Beschwerdeführerin bereits mit Zahlung vom 3. Oktober 2014 geleistet (act. 5/22).

### E. 2

Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerde- verfahren aufgehoben werden, wenn Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens ge- rügt werden (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 7).

### E. 3

Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Beschwerde darauf hin, dass sie keine Kenntnis von der vorinstanzlichen Konkursverhandlung erhalten habe (act. 2 S. 9 f.). Zudem macht sie geltend und belegt, dass die Beschwerdegegnerin mit Erklärung vom 6. Oktober 2014 aufgrund der Vereinbarung eines Abzahlungsver- trags ausdrücklich auf die Durchführung des Konkurses verzichtet habe (act. 2 S. 11, act. 5/13-14), was nach Art. 174 Abs. 2 SchKG zur Aufhebung eines an sich korrekt eröffneten Konkurses führen könnte. Überdies erbringt die Beschwer- deführerin den Nachweis, dass sie am 30. September 2014 beim Konkursamt Oerlikon-Zürich Fr. 1'500.– zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens si- chergestellt hat (act. 5/21). 4.1 Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Ver- handlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbe- stätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist,

- 3 - am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. 4.2 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Gerichts- urkunde für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 17. Sep- tember 2014, 10:00 Uhr, am 22. August 2014 an die im Handelsregister eingetra- gene Firmenadresse der Beschwerdeführerin versandt wurde. Am 29. August 2014 wurde sie mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 8/14). Darauf- hin erfolgte am 1. September 2014 ein zweiter Zustellungsversuch durch die Vor- instanz per A-Post an dieselbe Adresse der Beschwerdeführerin (vgl. act. 8/14, act. 8/21). 4.3 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet erst ein bestehen- des

Prozessrechtsverhältnis die Parteien, dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können. Die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag aber nach ständiger Praxis der Kammer kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht zu begründen (ZR 10472005 Nr. 43, BGE 138 III 225). Die Zustellfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Dass die Vorinstanz einen zweiten Zustellungsversuch per A-Post unternommen hat, ändert an dieser Ausgangslage nichts, da der Empfang einer solchen Sendung dem Empfänger nicht nachgewiesen werden kann. Insgesamt ergibt sich, dass das Konkursgericht die Konkursöffnung erst hätte aussprechend dürfen, nachdem es der Beschwerdeführerin die Vorladung zur Konkursverhandlung nachgewiesenermassen zugestellt oder eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO veranlasst hätte. Indem die Vorinstanz die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon sich die Beschwerdeführerin nicht zum Konkursbegehren hatte äussern können, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV). Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BSK SchKG II- NORDMANN, 2. Aufl., Art. 168 N 15).

- 4 -

## **E. 5**

Demgemäss ist die Beschwerde aus den genannten formellen Gründen gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Folgerichtig wäre die Sache sodann an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Aufforderung, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von diesem Vorgehen kann indes abgesehen werden, weil die Beschwerdegegnerin mit Erklärung vom 6. Oktober 2014 nachweislich auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat. Dieser Umstand müsste nach der Rückweisung an das Konkursgericht als Rückzug des Konkursbegehrens gewertet werden bzw. zu dessen Abweisung führen (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 172 N 6). Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit kann folglich verzichtet werden, weil der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nur dann nachzuweisen hat, wenn er sich auf einen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Davon ist die Beschwerdeführerin aber befreit, weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 12).

6.1 Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– ist entsprechend der Vereinbarung der Parteien im Abzahlungsvertrag vom 6. Oktober 2014 (act. 5/13 S. 2) der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 109 Abs. 1 ZPO). Hingegen hätte der Konkurs wie gesehen nicht eröffnet werden dürfen, weshalb der Beschwerdeführerin weder die zweitinstanzliche Entscheidgebühr noch die Kosten des Konkursamts auferlegt werden können (OGer ZH PS110025 vom 11. März 2011). Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (ZK ZPO-JENNY, 2. Aufl., Art. 107 N 26; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 107 N 15).

6.2 Der bei der Obergerichtskasse als Vorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.– kann der Beschwerdeführerin mangels Kostenerhebung zurückbezahlt werden. Ferner hat die Beschwerdeführerin mit der Einzahlung von Fr. 1'500.– beim Konkursamt Oerlikon-Zürich nebst der vorinstanzlichen Spruchgebühr auch dessen Kosten beglichen (act. 5/21). Kosten für das konkursamtliche Verfahren sind wie ausgeführt nicht zu erheben, weshalb der

- 5 - Beschwerdeführerin diese ebenfalls zu erstatten sind. Der Beschwerdegegnerin ist sodann der im vorinstanzlichen Verfahren geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzubezahlen. Es wird erkannt:

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