

# ZH\_OBERGERICHT PS180245 vom 9. Januar 2019

ZH Obergericht, 2019-01-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS180245](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS180245)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS180245 du 9 janvier 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT PS180245 del 9 gennaio 2019

## Erwägungen

### E. 5

Dezember 2018 den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 11'224.20 nebst 3.5% Zins seit dem 1. Januar 2018 und bis- herige Umtriebsspesen von Fr. 500.– sowie Betreuungskosten von Fr. 311.15 (vgl. act. 3 = act. 7/8). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 24. Dezember 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 2, zur Rechtzeitigkeit insb. Rz. 4 u. act. 7/11). Mit Verfügung vom 27. Dezember 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde rechtzeitig geleistet (act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–12). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. 1.2. Die Schuldnerin beantragt die Aufhebung des Konkurses und bringt u.a. vor, sie sei nicht gehörig zur Konkurseröffnungsverhandlung vorgeladen worden und habe daher vom Konkursverfahren nichts gewusst (act. 2 Rz. 5 ff.). 2.1. Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Ver- handlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wird (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangs- bestätigung (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, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. 2.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die der Schuldnerin mittels Gerichtsurkunde versandte Vor- ladung zur Konkurseröffnungsverhandlung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" re- tournierte (act. 7/7). Eine erneute Zustellung erfolgte nicht bzw. nur per A-Post (vgl. handschriftlicher Vermerk auf act. 7/7).

- 3 - 2.3. Ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als während der hängigen Verfahren mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Be- treibungsamt vermag nach ständiger Praxis der Kammer jedoch kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht zu begründen (vgl. ZR 104 Nr. 43 sowie OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012 E. II./2.; vgl. auch BGE 130 III 396). Die von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO für eingeschriebene Postsendungen statuierte Zustellfiktion greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Die Anzeige der Konkurseröffnungsverhand- lung gilt somit nicht als zugestellt, weshalb der angefochtene Entscheid über die Konkurseröffnung wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtli- ches Gehör aufzuheben ist.

Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl., Art. 168 N 15). 2.4. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese ist einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von einer Rückweisung könnte zwar abgesehen und das Konkursbegehren durch die Beschwerdeinstanz abgewiesen werden, wenn die Schuldnerin die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inkl. Zinsen und Kosten) bezahlt oder die Gläubigerin ihr Stundung gewährt hat, denn diese Umstände müssten nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens führen (vgl. z.B. OGer ZH PS170281 vom 9. Januar 2018 E. 3.1.). Im Hinblick darauf äussert sich die Schuldnerin widersprüchlich, macht sie doch an einer Stelle geltend, die Konkursforderung sei noch nicht beglichen (act. 2 Rz. 13), an anderer Stelle aber, die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung seien nicht mehr erfüllt (act. 2 Rz. 14). Belege, dass die Voraussetzungen zur Abweisung des Konkursbegehrens zum heutigen Zeitpunkt erfüllt wären, reicht sie aber keine ein, weshalb eine Abweisung durch die Beschwerdeinstanz nicht in Frage kommt. Sollte die Schuldnerin sich vor Vorinstanz anlässlich der

- 4 - durchzuführenden Verhandlung auf den Konkurshinderungsgrund der Tilgung berufen wollen, ist sie hier darauf hinzuweisen, dass der Zinsenlauf durch den hier angefochtenen Entscheid nicht gestoppt wurde. 3.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Der von der Schuldnerin geleistete Kostenvorschuss ist dieser zurückzuerstatten. Parteientschädigungen sind keine auszurichten (vgl. z.B. OGer ZH PS170167 vom 11. August 2017 E. 3.2). 3.2. Allfällige Kosten des Konkursamtes Altstetten-Zürich sind auf die Staatskasse zu nehmen. Von dem beim Konkursamt Altstetten-Zürich einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'000.- (Fr. 600.- Zahlung der Schuldnerin [vgl. act. 5/4] sowie Fr. 1'400.- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) sind der Schuldnerin Fr. 600.- und der Vorinstanz (zwecks Wiederholung der Konkursverhandlung und neuer Entscheidung) Fr. 1'400.- auszubehalten. Es wird erkannt:

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