

ZH_OBERGERICHT PS230209 vom 9. November 2023

ZH Obergericht, 2023-11-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS230209

FR: ZH_OBERGERICHT PS230209 du 9 novembre 2023

IT: ZH_OBERGERICHT PS230209 del 9 novembre 2023

Erwägungen

E. 1

Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 24. Oktober 2023 über den Beschwerdeführer den Konkurs (vgl. act. 3). Mit Beschwerde vom 6. November 2023 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des Konkurses und stellt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Ferner leistete der Beschwerdeführer unaufgefordert bei der Obergerichtskasse den üblicherweise erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.– (vgl. act. 8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–15). Das Verfahren ist spruchreif, wobei das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dem heutigen Entscheid obsolet wird. 2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, 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. Sofern – wie hier – entsprechende Rügen vorgebracht werden, hat das Gericht im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 7). 2.2. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerdeschrift geltend, weder eine Vorladung zur Konkursverhandlung noch das Urteil des Konkursgerichts erhalten zu haben (vgl. act. 2 Rz. 8 ff.). 2.3. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung 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 Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Die für eingeschriebene Sendungen geltende Zustellungsfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) ist auf die Anzeige der Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG) nicht anwendbar (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.2.). Daraus folgt, dass im Falle misslungener postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkursöffnung erst aussprechen darf, wenn die - 3 - Vorladung zur Konkursverhandlung dem Schuldner durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtswibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte. Andernfalls wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führen muss, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.3.). 2.4. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 7/1–15) ergibt sich, dass die Vorladung für die auf den 24. Oktober 2023 angesetzte Konkursverhandlung mit Gerichtsurkunde an den Beschwerdeführer verschickt wurde (act. 7/11). Die Zustellung gelang nicht, die Vorladung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post

retourniert. Gemäss handschriftlichem Vermerk auf dem Couvert wurde am 9. Oktober 2023 eine zweite Zustellung per A-Post vorgenommen (vgl. act. 7/11). Ob diese dem Beschwerdeführer zuzuging resp. er von der anstehenden Konkursverhandlung Kenntnis erlangt hatte, ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten nicht; der Beschwerdeführer bestreitet es (act. 2 Rz. 8 ff.). Da sich somit nicht nachweisen lässt, wann bzw. ob der Beschwerdeführer die Vorladung erhalten hat, ist davon auszugehen, dass er nicht korrekt vorgeladen wurde und er vom laufenden Verfahren keine Kenntnis hatte. Dies steht der Konkurseröffnung entgegen. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. 2.5. Folgerichtig wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin zu entscheiden (vgl. Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von diesem Vorgehen kann indes dann abgesehen werden, wenn der Beschwerdeführer die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) bezahlt hat oder die Gläubigerin ihm 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. Das ist in der Folge zu prüfen. Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist diesfalls zu verzichten, weil die Konkurseröffnung wegen eines Verfahrens-

- 4 - mangels und nicht wegen einer der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG aufzuheben ist (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 12).

2.6. Der Beschwerdeführer hat die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten (Fr. 1'381.65) mit einer Zahlung von Fr. 1'600.– bei der Obergerichtskasse hinterlegt (vgl. act. 8). Sodann hat der Beschwerdeführer am 2. November 2023 beim Konkursamt Hottingen-Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– geleistet (act. 5/3) und damit die Kosten des Konkursgerichts von Fr. 400.– sichergestellt, welche er zu tragen hat (vgl. hiernach E. 3) und die hier somit einen Teil der Konkursforderung bilden (vgl. act. 5/3). Aufgrund des damit gegebenen Konkurshinderungsgrundes der Hinterlegung kann auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verzichtet werden. Das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin ist abzuweisen.

E. 3

Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– ist dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, weil seine Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Beschwerdegegnerin zu Recht gestellt wurde. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.– ist dem Beschwerdeführer zurückzuzahlen. Die Obergerichtskasse ist entsprechend anzuweisen. Entsprechend sind auch die Kosten des Konkursamts Hottingen-Zürich auf die Staatskasse zu nehmen. Das Konkursamt Hottingen-Zürich ist sodann anzuweisen, der Beschwerdegegnerin die von ihr geleisteten Fr. 1'800.– und dem Beschwerdeführer einen Betrag von Fr. 800.– (geleisteter Vorschuss für die Kosten des Konkursverfahrens abzüglich der Kosten von Fr. 400.– für das vorinstanzliche Verfahren) zurückzuzahlen. Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage. Es wird beschlossen: