

# ZH\_OBERGERICHT PS240174 vom 13. September 2024

ZH Obergericht, 2024-09-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS240174](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS240174)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS240174 du 13 septembre 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT PS240174 del 13 settembre 2024

## Erwägungen

### E. 1.1

Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan: Schuldnerin) ist als Aktiengesellschaft seit dem tt.mm.2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Betrieb von Lokalitäten im Gastronomie- und Clubbereich. Sie hat ihren Sitz an der C.\_\_\_\_-strasse ... in Zürich, wo sie seit ihrer Gründung eine Bar betreibt (act. 2 S. 1; act. 10).

### E. 1.2

Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 10. September 2024 rechtzeitig (vgl. act. 7/14) Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils des Konkursgerichts und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2 S. 2).

### E. 1.3

Die Kammer zog die vorinstanzlichen Akten von Amtes wegen bei (act. 7/1-14). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort ist aus noch darzulegenden Gründen zu verzichten (vgl. unten E. 3; Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid ist der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos abzuschreiben.

### E. 2.1

Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (vgl. Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG).

- 3 - Die Beschwerde kann u.a. mit einem Verfahrensfehler des Konkursgerichtes begründet werden (vgl. Art. 320 ZPO; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014 Art. 174 N 7).

### E. 2.2

Die Schuldnerin bemängelt, ihr sei die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht zugestellt worden, weshalb sie den Termin nicht wahrnehmen können. Der erste Zustellversuch sei der Vorinstanz mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert worden. Auch die anschliessend per A-Post versandte Vorladung habe sie, die Schuldnerin, aus unbekanntem Gründen nicht erreicht (act. 2 Rz. 5). Weil die Zustellfiktion mangels vorgängigem Bestehen eines Prozessverhältnisses nicht anwendbar sei, sei ihr die Konkursverhandlung nicht rechtswirksam angezeigt worden. Damit leide der angefochtene Entscheid an einem schwerwiegenden Mangel, der im Rechtsmittelverfahren nicht geheilt werden könne und zu dessen Aufhebung führen müsse (act. 2 Rz. 20-22). Eine erneute Ansetzung und Anzeige der Konkursverhandlung könne unterbleiben, da sie, die Schuldnerin, die ausstehende Konkursforderung samt Zinsen und Kosten beim Obergericht des Kantons Zürich hinterlegt habe (act. 2 Rz. 23).

### **E. 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 Entscheidungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt oder erfolgt keine gültige Ersatzzustellung, so gilt sie gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss erst dann mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden, wenn ein Verfahrungsverhältnis begründet wurde. Damit entsteht für die Partei die prozessuale Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass ihr während des hängigen Verfahrens Vorladungen und Entscheidungen zugestellt werden können (BGer 7B.89/2004 vom 3. Juni 2004 E. 1.2.3.). Nach ständiger Praxis der Kammer (ZR 104/2005 Nr. 43) und bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 138 III 225 E. 3.2; BGer 5A\_44/2021

- 4 - vom 23. August 2021 E. 2.1.2) vermag die Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt noch kein Prozessrechtsverhältnis in Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht zu begründen. Daraus folgt, dass im Falle misslungener postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkursöffnung erst aussprechen darf, wenn die Vorladung zur Konkursverhandlung der Schuldnerin 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 führt, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (BSK SchKG II- NORDMANN, 3. Aufl. 2021, Art. 168 N 15).

### **E. 2.4**

Die vorinstanzlichen Akten bestätigen, dass die am 25. Juli 2024 als Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur Konkursverhandlung auf den 3. September 2024 (act. 7/5) der Schuldnerin nicht zugestellt werden konnte und auch innert der Abholfrist nicht abgeholt wurde. Die Sendung wurde deshalb an die Vorinstanz retourniert (act. 7/7). Die Vorinstanz unternahm am 7. August 2024 einen zweiten Zustellversuch per A-Post (act. 7/7 und 7/14). Ein Nachweis dafür, dass die Vorladung die Schuldnerin auf diesem Weg erreichte, existiert nicht. Die Schuldnerin behauptet das Gegenteil. Sie erschien denn auch nicht zur Konkursverhandlung. Jedenfalls findet sich in den vorinstanzlichen Akten kein Protokoll über eine (in Anwesenheit der Schuldnerin) durchgeführte Konkursverhandlung. Damit ist zugunsten der Schuldnerin davon auszugehen, dass keine tatsächliche Zustellung stattfand und sie keine Kenntnis von der Konkursverhandlung hatte. Weil die Schuldnerin mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses auch nicht mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen musste, kann die Zustellung der Verhandlungsanzeige auch nicht fingiert werden. Die Vorinstanz sprach die Konkursöffnung mithin aus, ohne dass sich die Schuldnerin zum Konkursbegehren äussern konnte. Damit verletzte sie deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufgrund des Verfahrensmangels aufzuheben.

### **E. 3**

An sich wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese anzuweisen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Davon kann indes abgesehen werden. Die Schuldnerin hinterlegte am 10. September 2024 zuhanden der Gläubigerin einen Betrag von Fr. 6'471.10 bei der Obergerichtskasse (act. 9). Dieser Betrag reicht aus, um die Konkursforderung einschliesslich Zins, Verzugsschaden und Betreuungskosten von insgesamt Fr. 6'441.20 zu decken (vgl. oben E. 1.1). Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, der Gläubigerin den Betrag von Fr. 6'441.20 auszusahlen. Im Weiteren leistete die Schuldnerin beim Konkursamt einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.■. Das Konkursamt bestätigte, dass damit die Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Kosten des Konkursgerichtes für die Konkurseröffnung sichergestellt sind (act. 5/13). Zusammen mit dem Rest des Vorschusses, welchen die Vorinstanz dem Konkursamt überwies (Fr. 1'400.–, vgl. act. 6 Dispositiv-Ziffer 3 und act. 4), verfügt das Konkursamt über genügend Mittel, um der Gläubigerin den Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten. Unter diesen Umständen ist auf das Einholen einer Beschwerdeantwort und auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu nochmaliger Entscheidung über das Konkursbegehren zu verzichten (vgl. statt vieler: OGer ZH PS200052 vom 9. März 2020 E. 6b; OGer ZH PS180132 vom 31. Juli 2018 E. 5a).

### **E. 4.1**

Es ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid der Vorinstanz getilgt hätte. Die Vorinstanz hatte den Parteien für eine Verfahrenserledigung vor oder anlässlich der Verhandlung eine Gebühr von Fr. 200.– angezeigt (vgl. act. 7/4 f. jeweils Ziff. 5, 7, 8). Die vorinstanzliche Spruchgebühr ist deshalb auf Fr. 200.■ herabzusetzen (vgl. zum Ganzen OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018 E. 6a) und der Schuldnerin aufzuerlegen, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat (vgl. statt vieler OGer ZH PS110149 vom 23. August 2012 E. 3; OGer PS120214 vom 30. November 2012 E. V.). Die Vorinstanz ist anzuweisen, den vom Kostenvorschuss der

- 6 - Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.■ im Umfang von Fr. 200.■ der Schuldnerin auszusahlen.

### **E. 4.2**

Die Kosten des Konkursamtes und des zweitinstanzlichen Verfahrens wären ohne den Verfahrensfehler der Vorinstanz nicht angefallen und sind den Parteien nicht anzulasten (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Sie sind entsprechend auf die Staatskasse zu nehmen bzw. fallen ausser Ansatz. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.■ (Fr. 1'200.■ Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.■ Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.■ und der Schuldnerin Fr. 800.■ auszusahlen. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, der Schuldnerin den von ihr für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.■ vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts zurückzuerstatten.

### **E. 4.3**

Für eine Parteientschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (vgl. ZK ZPO-JENNY, 3. Aufl. 2016, Art. 107 N 26; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 107 N 12), weshalb keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind. Es

wird beschlossen: 1. Der Antrag der Schuldnerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird abgeschrieben. 2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis Es wird erkannt:

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