

**Art. 174 SchKG, Beschwerde gegen die Konkursöffnung, Art. 322 ZPO, Beschwerdeantwort.**

*Wird in Aussicht genommen, den Konkurs wegen eines Formfehlers aufzuheben, muss der (vom Schuldner noch nicht befriedigte) betreibende Gläubiger Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.*

(Erwägungen des Obergerichts:)

1. Am 16. Januar 2012, 10:00 Uhr, wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet. Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte sie u.a.:

- "1. Der Entscheid des Bezirksgerichts sei aufzuheben und die Angelegenheit zur nochmaligen Beurteilung an das Bezirksgericht zurückzuweisen, unter richtiger Vorladung.
2. Unentgeltliche Rechtspflege wird wegen Mittellosigkeit beantragt.
3. Die aufschiebende Wirkung dieser Beschwerde sei zu gewähren.
4. Eine Parteientschädigung von Fr. 400.- wird verlangt."

Die Schuldnerin führte u.a. aus, die Vorladung vom 13. Dezember 2011 habe sie erst am Nachmittag des Verhandlungstages, 16. Januar 2011, erreicht. Dies sei wahrscheinlich auf ihre Ferienabwesenheit über die Festtage bis Mitte Januar 2012 zurückzuführen.

2. Mit Verfügung vom 2. Februar 2012 wurde dem Gesuch um aufschiebende Wirkung stattgegeben. Gleichzeitig wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Einreichung einer Beschwerdeantwort angesetzt. Diese Frist liess der Beschwerdegegner unbenutzt verstreichen, weshalb androhungsgemäss das Verfahren ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen ist (Art. 147 ZPO). Auf die Einforderung eines Kostenvorschusses von der Schuldnerin wurde verzichtet.
3. a) 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.

- b) Mit der Beschwerde können aber auch, wie vorliegend, Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt werden. Diese sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Zürich 2009, N 7 zu Art. 174 SchKG)
4. a) 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). 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*.

Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die – am 14. Dezember 2011 der Post übergebene, an die Privatadresse der Schuldnerin adressierte – Gerichtsurkunde des ersten Zustellungsversuchs für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 16. Januar 2012 10:00 Uhr mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert wurde. Eine zweite Zustellung der Vorladung erfolgte per A-Post am 3. Januar 2012 (vgl. handschriftliche Bemerkung auf der unzustellbaren Gerichtsurkunde) an die gleiche Adresse. Ob die Schuldnerin diese Vorladung – wie sie geltend macht – erst am Nachmittag des Verhandlungstages erhalten hat, ergibt sich nicht aus den Akten.

Das Konkursgericht erachtete die veranlassten Zustellungsversuche – zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach per A-Post – als rechtsgenügend und eröffnete den Konkurs, da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren.

b) 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 des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Die Zustellung der Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht der Schuldnerin, dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Entscheide zugestellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss die Schuldnerin nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (ZR 104 Nr. 43; BGE 130 III 396). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall nicht.

c) Da sich nicht nachweisen lässt, wann die Schuldnerin die Vorladung erhalten hat, ist von ihrer Sachverhaltsdarstellung auszugehen und anzunehmen, dass sie von der Vorladung erst am Verhandlungstag Kenntnis erhalten hat. Sie wurde somit nicht korrekt vorgeladen. Die Konkursverhandlung muss den Parteien mindestens drei Tage im Voraus angezeigt werden (Art. 168 SchKG).

5. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. Die Sache ist zur Neuansetzung einer Konkurseröffnungsverhandlung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Das Konkursgericht ist auf die von der Schuldnerin bekanntgegebene, im Rubrum aufgeführte Zustelladresse hinzuweisen. Die Schuldnerin hat zu beachten, dass dem Konkursbegehren des Gläubigers stattzugeben ist, wenn sie beim Konkursgericht nicht einen Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 172 f. SchKG dartut. Nachdem sie nun vom Verfahren Kenntnis hat, wird sie sich sorgfältig um ihre Post vom Konkursgericht kümmern müssen. Holte sie die neue Vorladung zur Verhandlung nicht ab, gälte die Zustellung als am letzten Tag der Abholfrist gültig erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

6. Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten der Schuldnerin oder des Gläubigers veranlasst wurde, sind die zweitinstanzlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird damit gegenstandslos. Eine gegenseitige Entschädigungspflicht entfällt (Art. 106 ZPO). Für eine Entschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N 26; Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12).

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 20. Februar 2012  
Geschäfts-Nr.: PS120012-O/U.doc