

Art. 138 Abs. 1 ZPO, formrichtige Zustellung. *Wenn die formell mangelhaft vorgeladene Partei am Termin teilnimmt, ist die Berufung auf den Formfehler missbräuchlich.*

Die Vorladung zur Konkursverhandlung konnte der Schuldnerin nicht zugestellt werden, die Sendung wurde dem Gericht retourniert. Das Konkursgericht schickte darauf gemäss seiner ständigen Praxis die Vorladung noch einmal, mit einem nicht eingeschriebenen Brief. Die Schuldnerin erschien an der Verhandlung. Gegen die Konkursöffnung führt sie Beschwerde, unter anderem mit Verweis auf die mangelhafte Vorladung.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(II.) 1. Mit der Beschwerde können Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens und Entscheides gerügt werden, wobei neue Tatsachen geltend gemacht werden können, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

2. Die Schuldnerin behauptet, die Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung sei ihr nie zugestellt worden. Sie habe von der Konkursöffnung bzw. der Verhandlung erst mit der Kontaktierung durch das Konkursamt Kenntnis erhalten. Es liege eine Gehörsverletzung vor. Sie weist darauf hin, dass die Vorladung vom 13. Januar 2020 durch die Post am 22. Januar 2020 mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an das Gericht zurückgesandt wurde, und macht geltend, der "allenfalls noch erfolgte zweite Zustellungsversuch mit gewöhnlicher A-Post" – er erfolgte in der Tat am 31. Januar 2020 – ändere am Gesagten nichts, da eine Vorladung – und nach dem Normzweck auch eine Verhandlungsanzeige im Sinne von Art. 168 SchKG – gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO zwingend durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung erfolgen müsse.

3. Dem vorinstanzlichen Protokoll ist zu entnehmen, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin zu der auf den 11. Februar 2020 angesetzten Verhandlung erschien, einen Beleg des Betreibungsamtes über eine tags zuvor geleistete Teilzahlung von – einschliesslich Inkassogebühr – Fr. 1'000.– einreichte und um eine Fristerstreckung ersuchte. Die Konkursrichterin gewährte ihm eine letzte Frist bis 26. Februar 2020; bis dahin müsse er alle Abrechnungen vorbe-

bringen. Auf dem vorinstanzlichen Aktenumschlag unterzeichnete die Konkursrichterin den Vermerk: "Letzte Frist bis 26.2.20, 10 Uhr".

Die Behauptung der Schuldnerin, sie habe an der Konkursverhandlung mangels Kenntnis derselben nicht teilnehmen können, ist damit widerlegt. Die Schuldnerin hatte von der Verhandlung Kenntnis und nahm ihre Rechte wahr. Auf das Argument, eine allfällige Zustellung der Vorladung mit nicht eingeschriebener A-Post sei ungenügend, ist nicht weiter einzugehen. Nachdem der Geschäftsführer der Schuldnerin zur Verhandlung erschienen war und um Fristerstreckung ersucht hatte, ist die Berufung auf eine nicht ordnungsgemässe Zustellung der Verhandlungsanzeige rechtsmissbräuchlich. Die in Art. 138 Abs. 1 ZPO vorgeschriebene Zustellung gegen Empfangsbestätigung ist im Übrigen nicht Selbstzweck, sondern bezweckt, dass das Gericht einen Zustellungsbeleg in den Akten hat. Der Anspruch der Schuldnerin auf rechtliches Gehör wurde nicht verletzt.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 16. April 2020
Geschäfts-Nr.: PS200074-O/U