

ZSU.2024.79 / ik / nk
(SG.2024.12)
Art. 72

Entscheid vom 20. Juni 2024

Besetzung Oberrichter Richli, Präsident
 Oberrichter Egloff
 Oberrichterin Massari
 Gerichtsschreiberin Kabus

Klägerin **A.**_____ **AG,**
 [...]

Beklagter **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch lic. iur. Werner Schib, Rechtsanwalt,
 [...]

Gegenstand Konkurs

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Die Klägerin betrieb den Beklagten mit Zahlungsbefehl Nr. aaa des Betreibungsamtes Q._____ vom 14. September 2023 für eine Forderung von Fr. 799.10 nebst 5 % Zins seit 13. September 2023, Fr. 145.00 Umtriebspesen und Fr. 60.00 Mahnspesen.

1.2.

Der Beklagte erhob gegen den ihm am 3. Oktober 2023 zugestellten Zahlungsbefehl keinen Rechtsvorschlag.

2.

2.1.

Die Klägerin stellte am 2. Februar 2024 beim Bezirksgericht Lenzburg das Konkursbegehren, nachdem die Konkursandrohung vom 6. November 2023 dem Beklagten am 29. November 2023 zugestellt worden war und dieser die in Betreuung gesetzte Forderung nicht bezahlt hatte.

2.2.

Die Präsidentin des Bezirksgerichts Lenzburg erkannte am 20. März 2024 wie folgt:

" 1.

Über **B._____**, [...], wird mit Wirkung ab **tt.mm. jjjj, 11:00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.

2.

Mit der Durchführung des Verfahrens wird das Konkursamt Aargau beauftragt. Vorbehalten bleibt eine allfällige andere Zuweisung durch die leitende Konkursbeamtin. Das Konkursamt wird ersucht, die Konkursöffnung zu publizieren.

3.

Die Gesuchstellerin haftet als Gläubigerin gemäss Art. 194 i.V.m. Art. 169 SchKG gegenüber dem Konkursamt des Kantons Aargau für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf entstehen.

4.

Die Entscheidgebühr von CHF 350.00 wird dem Gesuchgegner auferlegt und mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss der Gesuchstellerin verrechnet, so dass der Gesuchstellerin gegenüber der Konkursmasse eine Forderung von CHF 350.00 zusteht.

5.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen."

3.

3.1.

Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte mit Eingabe vom 9. April 2024 beim Obergericht des Kantons Aargau Beschwerde und beantragte Folgendes:

- " 1.
Die mit Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg vom 20.03.2024 ausgesprochene Konkursöffnung sei aufzuheben.
- 2.
Das Bezirksgericht Lenzburg sei anzuweisen, nochmals zur Konkursverhandlung vorzuladen.
- 3.
Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Unter ordentlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen."

3.2.

Der Instruktionsrichter der 4. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Aargau erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 11. April 2024 die aufschiebende Wirkung.

3.3.

Die Klägerin erstattete am 29. April 2024 eine Beschwerdeantwort.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Mit der Beschwerde nach Art. 174 SchKG können Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens wie Verletzungen des rechtlichen Gehörs seitens Konkursrichter oder auch die nicht erfolgte bzw. nicht richtige Vorladung zur Verhandlung des Konkursgerichts geltend gemacht werden (vgl. PETER DIGGELMANN, in: Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 174 SchKG).

2.

2.1.

Der Beklagte wirft der Vorinstanz in formeller Hinsicht vor, der angefochtene Entscheid sei ihm nie eröffnet worden. Das Konkursbegehren und die Vorladung zur Konkursverhandlung seien ihm nie zugestellt worden. Die Ehefrau des Beklagten habe im Schreiben vom 9. April 2024 bestätigt, dass es ihr aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich gewesen sei, die Dokumente auf der Post abzuholen und dem Beklagten von den Abholungseinladungen Kenntnis zu geben. Sie habe diese sowie die normale Post vor

dem Beklagten versteckt und ebenfalls keine Kenntnis vom Konkursverfahren gehabt. Die gesundheitlichen Beschwerden seien dem beigelegten Arztzeugnis vom 26. März 2024 zu entnehmen. Die Vorinstanz habe sowohl den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör als auch Art. 138 ZPO verletzt. Der Beklagte habe nicht mit der Zustellung einer Gerichtsurkunde rechnen müssen. Er habe weder Kenntnis vom Konkursverfahren noch von der Konkursverhandlung vom 20. März 2024 gehabt und erst nachträglich durch das Konkursamt von der Konkurseröffnung erfahren. Gemäss ständiger Rechtsprechung sei die Zustellungsfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO auf die Anzeige der Konkursverhandlung nicht anwendbar. Die Konkursandrohung begründe kein Prozessrechtsverhältnis. Der Beklagte habe keine Vorladung zur Konkursverhandlung erwarten müssen. Der Mangel der fehlenden rechtsgenügenden Zustellung sei schwerwiegend.

2.2.

2.2.1.

Ist das Konkursbegehren gestellt, so wird den Parteien wenigstens drei Tage vorher die gerichtliche Verhandlung angezeigt. Es steht denselben frei, vor Gericht zu erscheinen, sei es persönlich, sei es durch Vertretung (Art. 168 SchKG). Da es den Parteien frei steht, vor Gericht zu erscheinen, und das Gericht auch in deren Abwesenheit entscheidet, handelt es sich bei dieser Anzeige nicht um eine Vorladung im technischen Sinn (Art. 168 Satz 2 i.V.m. Art. 171 SchKG). Das Bundesgericht erachtet die genügende Anzeige der Konkursverhandlung als absolut notwendig (Urteil des Bundesgerichts 5A_44/2021 vom 23. August 2021 E. 2.1.1 m.w.H.). Da es sich bei der Anzeige der Konkursverhandlung nicht um eine Betreuungsurkunde handelt, gelangen die Zustellungsregeln von Art. 64 ff. SchKG nicht zur Anwendung. Über das Konkursbegehren entscheidet das Gericht nach den Regeln der ZPO und zwar im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a SchKG). Es liegt daher nahe, mangels eigener Zustellungsvorschriften im Konkursrecht die entsprechenden Vorschriften von Art. 138 ZPO anzuwenden, soweit sie mit dem Charakter der Konkursverhandlungsanzeige vereinbar sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_44/2021 vom 23. August 2021 E. 2.1.1).

2.2.2.

Die gerichtliche Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheidungen für Verfahren, deren Ablauf sich nach der ZPO richtet, ist in Art. 138 ff. ZPO geregelt. Sie erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Die Sendung ist dem Adressaten selber, oder falls das Gericht keine persönliche Zustellung anordnet, einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden mindestens sechzehnjährigen Person auszuhändigen (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Sie gilt am siebten Tage nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, wenn der Adressat mit der Zustellung einer gerichtlichen

Urkunde rechnen muss (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Da die Konkursandrohung nach der Rechtsprechung noch kein Prozessrechtsverhältnis begründet, muss der Schuldner eine Vorladung zur Konkursverhandlung nicht erwarten (Urteil des Bundesgerichts 5A_44/2021 vom 23. August 2021 E. 2.1.2 m.w.H.).

2.2.3.

Die Anzeige der Konkursverhandlung muss den Parteien vor ihrer Durchführung zugestellt werden, da es sich um ein formelles Erfordernis der Konkursöffnung handelt. Nur so ist gewährleistet, dass das Verfahren unter Beachtung der verfassungsmässigen Garantien, insbesondere des Anspruchs auf rechtliches Gehör durchgeführt wird. Die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung trägt das Gericht. Eine fehlerhafte Zustellung entfaltet grundsätzlich keine Rechtswirkungen. Das Gericht hat sie von Amtes wegen zu beachten und die betreffende Prozesshandlung zu wiederholen (Urteil des Bundesgerichts 5A_44/2021 vom 23. August 2021 E. 2.1.3 m.w.H.).

2.3.

2.3.1.

Der Beklagte hat an der Konkursverhandlung nicht teilgenommen. Vorliegend ist streitig, ob ihm die Konkursverhandlungsanzeige gemäss Art. 168 SchKG korrekt zugestellt wurde und seine Rechte gewährleistet wurden.

In casu lud die Vorinstanz die Parteien am 15. Februar 2024 zur Konkursverhandlung auf den 20. März 2024, 11:00 Uhr, vor (act. 11 f.). Die Anzeige erfolgte per Einschreiben an die Adresse des Beklagten. Gemäss Sendungsverfolgung der Post holte der Beklage dieses während der Frist bis zum 26. Februar 2024 nicht ab und es wurde am 27. Februar 2024 mit dem entsprechenden Vermerk an die Vorinstanz zurückgesandt (act. 15). Mit Schreiben vom 1. März 2024 erteilte die Vorinstanz der Regionalpolizei Lenzburg den Auftrag für eine Zustellung der Vorladung an den Beklagten (act. 16). Gemäss Empfangsbescheinigung nahm die Ehefrau des Beklagten die Vorladung am 6. März 2024 in Empfang. Der Empfangsbescheinigung lässt sich entnehmen, dass es sich beim zuzustellenden Aktenstück um die Vorladung auf den 20. März 2024 handelte (act. 17). Damit bestätigte die Ehefrau des Beklagten, dass sie die Vorladung entgegengenommen hat. Da das Gericht keine persönliche Zustellung anordnete, gilt diese somit an den im gleichen Haushalt lebenden Beklagten als zugestellt i.S.v. Art. 138 Abs. 2 ZPO. Mit E-Mail vom 7. März 2024 wandte sich die Vorinstanz an den Beklagten oder dessen Ehefrau und hielt fest, dass sie die Vorladung auf den 20. März 2024 verschickt habe. Die Gesamtforderung betrage Fr. 1'578.75. Diese sei bis zum 20. März 2024 an die Klägerin zu bezahlen. Der Zahlungsbeleg sei der Vorinstanz rechtzeitig bis zum 20. März 2024 einzureichen. Teilzahlungsvereinbarungen könnten nicht

abgeschlossen und der Termin könne nicht auf später verschoben werden. Die Ehefrau des Beklagten antwortete darauf gleichentags und führte aus, sie werde den Betrag am 20. März 2024 einzahlen (act. 19). Auch diesem E-Mailverlauf lässt sich entnehmen, dass die Ehefrau des Beklagten von der Vorladung wusste.

2.3.2.

Beschwerdeweise legte der Beklagte ein Schreiben seiner Ehefrau vom 9. April 2024 auf, worin diese bestätigte, dass sie wegen ihrer psychischen Erkrankung (insb. Angstzuständen) die im Briefkasten für den Beklagten vorgefundenen Schreiben und Abholscheine der Post allesamt in einem Schrank versteckt und ihm nichts davon gesagt habe. Die Ehefrau habe die Schreiben sodann nicht abgeholt. Der Beklagte habe erst aufgrund eines Anrufs des Konkursamtes vom Konkurs erfahren. Erst nach diesem Telefonat sei die ausstehende Rechnung der Klägerin bezahlt worden. Für einen Besprechungstermin auf dem Konkursamt am 26. März 2024 habe Dr. med. C._____ der Ehefrau gleichentags ein Zeugnis ausgestellt, wonach sie nicht teilnahmefähig sei (Beschwerdebeilage [BB] 4, S. 1).

Dr. med. C._____, Facharzt für Physikalische Medizin und Rehabilitation, U._____, hielt im Arztzeugnis vom 26. März 2024 fest, dass die Ehefrau des Beklagten seit dem 25. März 2024 erneut in seiner Behandlung sei. Sie sei aktuell in einer Verfassung, welche weder Verhandlungen noch eine Rückkehr an den Arbeitsplatz zulasse. Eine Überweisung an zusätzliche Stellen werde in Erwägung gezogen, weil längerfristig die Arbeitsfähigkeit so erhalten werden könne. Für die Verhandlung vom 26. März 2024 sei die Ehefrau des Beklagten nicht teilnahmefähig (BB 4, S. 2).

Die Behauptungen des Beklagten, wonach seine Ehefrau an einer psychischen Erkrankung leide, welche sie die Abholungseinladungen sowie die Post verstecken lasse, sind in keiner Form nachgewiesen. Die Bestätigung der Ehefrau wird nicht durch ein Arztzeugnis gestützt. Zunächst lassen sich dem Arztbericht von Dr. med. C._____ sowieso keine Diagnosen entnehmen und erst recht keine Angststörung. Sodann handelt es sich bei ihm um keinen Facharzt für Psychiatrie, weshalb auf seine fachfremde Beurteilung ohnehin nicht abgestellt werden könnte. Zudem äussert er sich in keiner Weise dahingehend, dass die Ehefrau des Beklagten an einer Erkrankung leide, welche sie die Post bzw. Abholungseinladungen verstecken lasse. Schlussendlich stammt das Zeugnis vom 26. März 2024 und die Ehefrau des Beklagten befindet sich erst seit dem 25. März 2024 in seiner Behandlung. Zur Vergangenheit – und somit zur Zeit der Zustellung der hier relevanten Schreiben – äusserte sich Dr. med. C._____ gar nicht.

Zudem liegt eine Vollmacht des Beklagten vom 1. Januar 2024 bei den Akten. Darin ermächtigte er seine Ehefrau explizit dazu, ihn im Verkehr mit Gerichten, Behörden und Amtsstellen zu vertreten (act. 18). Es mutet

rechtsmissbräuchlich an, dass der um den Gesundheitszustand seiner Ehefrau offensichtlich wissende Ehemann diese zunächst dazu ermächtigt, ihn zu vertreten, um sich im Anschluss darauf zu berufen, dass sie dazu gar nicht in der Lage sei. Seine Darlegungen erweisen sich als unglaublich unwürdig.

2.4.

Die Vorinstanz hat somit den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Er wurde i.S.v. Art. 138 ZPO rechtskonform zur Konkursverhandlung vorgeladen, zumal auch die Dreitagesfrist gemäss Art. 168 SchKG eingehalten worden ist.

3.

3.1.

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

3.2.

Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt oder der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Art. 174 Abs. 2 SchKG erlaubt es dem Schuldner, seine gegen das Konkursurteil erhobene Beschwerde mit bestimmten, erst nach dem angefochtenen Entscheid entstandenen neuen Tatsachen und Beweismitteln (echte Noven) zu begründen und damit von der Beschwerdeinstanz die Aufhebung des Konkurses zu erlangen. Diese nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetretenen Konkurshinderungsgründe müssen sich innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben und geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist vorgebrachte Noven können nicht mehr berücksichtigt werden (BGE 139 III 491 E. 4.4, 136 III 294 E. 3.2; ROGER GIROUD/FABIANA THEUS SIMONI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 20 f. zu Art. 174 SchKG).

3.3.

Der Konkursentscheid gilt als dem Beklagten am 30. März 2024 zugestellt (act. 24, sog. Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die zehntägige Rechtsmittelfrist lief damit am 9. April 2024 ab, weshalb die Konkursforderung bis zu diesem Tag getilgt oder hinterlegt sein musste. Die Konkursforderung setzte sich vorliegend aus Fr. 799.10 (Grundforderung), Fr. 20.75 (5 % Zins seit 13. September 2023), Fr. 145.00 (Umtriebskosten), Fr. 60.00 (Mahnsesen), Fr. 203.90 (Betriebskosten) und Fr. 350.00 (Gerichts-

kosten) zusammen und betrug Fr. 1'578.75 (act. 12). Der Beklagte entrichtete am 25. März 2024 insgesamt Fr. 1'208.00 an die Klägerin (BB 6). Der Beklagte hat die Schuld inkl. Zinsen und Kosten innerhalb der Rechtsmittelfrist nicht vollständig getilgt, offenbar fehlen die Gerichtskosten und die Verzugszinsen. Auch hat die Klägerin nicht während der Beschwerdefrist auf den Konkurs verzichtet (vgl. Beschwerdeantwort). Nachdem die erste Voraussetzung von Art. 174 Abs. 2 SchKG (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nicht erfüllt ist, erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Beklagten.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beklagte die obergerichtliche Entscheidgebühr zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 GebV SchKG) und seine Parteikosten selber zu tragen. Der nicht anwaltlich vertretenen Klägerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie keine notwendigen Auslagen gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO geltend gemacht hat und kein begründeter Fall für eine Umtriebsentschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegt (BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 41 zu Art. 95 ZPO).

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Von Amtes wegen wird Dispositiv-Ziff. 1 des Entscheids der Präsidentin des Bezirksgerichts Lenzburg vom 20. März 2024 aufgehoben und es wird erkannt:

" 1.
Über **B._____**, [...], wird mit Wirkung ab **20. Juni 2024, 11:00 Uhr**, der Konkurs eröffnet."

3.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 500.00 wird dem Beklagten auferlegt.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 20. Juni 2024

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 4. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Richli

Kabus