

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110126-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter Pr. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 19. Juli 2011

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirkes Winterthur vom 24. Juni 2011 (EK110134)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur eröffnete mit Urteil vom 24. Juni 2011 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 2). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 11. Juli 2011 beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 13. Juli 2011 entsprochen (act. 8). Ferner hinterlegte die Beschwerdeführerin bei der Obergerichtskasse bereits am 11. Juli 2011 einen Betrag von Fr. 53'279.80 (act. 10), der nebst der Forderung des Beschwerdegegners (inklusive Zinsen und Kosten) auch den vom Obergericht usanzgemäss erhobene Kostenvorschuss von Fr. 750.-- zu decken vermag.

2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Entsprechend und der Systematik folgend hat das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe aber vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7).

3. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 7) ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die der Beschwerdeführerin an ihre aktuelle Adresse (...) mittels Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur auf den

23. Juni 2011 angesetzten Verhandlung mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" re-tournierte (act. 7/3).

4. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verpflichtet ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis die Parteien, dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können. Diese prozessuale Verpflichtung entsteht aber erst mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während eines hängigen Verfahrens mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden muss (BGer 7B.89/2004 vom 3. Juni 2004 E. 1.2.3.). Die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag nach ständiger Praxis der Kammer jedoch kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht zu begründen (ZR 104/2005 Nr. 43). Diese Praxis rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil eine Konkursandrohung – beispielsweise im Gegensatz zu einer von der Schlichtungsbehörde erteilten Klagebewilligung im Sinne von Art. 197 ff. i.V.m. Art. 209 Abs. 3 ZPO – eine Gültigkeitsdauer von 15 Monaten hat (Art. 166 Abs. 2 SchKG) und vom Schuldner nicht erwartet werden kann, dass er während mehr als eines Jahres jederzeit in der Lage ist und damit rechnen muss, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen.

5. Daraus erhellt, dass die Beschwerdeführerin nicht mit einer gerichtlichen Zustellung im Sinne einer Vorladung zur Verhandlung betreffend Konkursöffnung rechnen musste, da die am 27. Januar 2011 ausgestellte Konkursandrohung (act. 7/2/1) kein Prozessrechtsverhältnis begründet. Damit lässt sich die Tatsache, dass der Beschwerdeführerin die Vorladung des Konkursgerichts nicht zugestellt werden konnte, auch nicht als Zustellungsvereitelung im Sinne von Art. 138 Abs. 3 ZPO auslegen. Demnach hätte das Konkursgericht die Konkursöffnung erst aussprechen dürfen, wenn sie der Beschwerdeführerin die Vorladung zur Konkursverhandlung durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtswibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zustellen versucht bzw. eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO veranlasst hätte. Indem das Konkursgericht die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Beschwerdeführerin sich nicht zum Konkursbegehren äus-

sein konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV). Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 15).

6. Demgemäss ist die Beschwerde aus den genannten formellen Gründen gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Folgerichtig wäre die Sache sodann an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren des Beschwerdegegners zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von diesem Vorgehen kann indes dann abgesehen werden, wenn die Beschwerdeführerin die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) bezahlt hat, denn dieser Umstand müsste nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG (Tilgung) zur Abweisung des Konkursbegehrens führen. Das ist in der Folge zu prüfen. Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist diesfalls zu verzichten, weil der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nur dann nachzuweisen hat, wenn er sich auf einen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin davon aber befreit, weil die Konkurseröffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 12).

7. Die Beschwerdeführerin hat der Obergerichtskasse Fr. 53'279.80 (Fr. 52'529.80 und Fr. 750.--) bezahlt (act. 8). Davon können Fr. 52'529.80 dem Beschwerdegegner bezahlt werden, womit dessen Konkursforderung samt Zins und bisheriger Betreuungskosten vollständig getilgt wird. Der als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.-- kann der Beschwerdeführerin bezahlt werden, weil für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben sind (vgl. nachfolgend Ziff. 8). Ferner hat die Beschwerdeführerin mit der Einzahlung von Fr. 800.-- beim Konkursamt P. _____ auch dessen Kosten sowie die vorinstanzliche Spruchgebühr beglichen (act. 5/5). Kosten für das Verfahren des Konkursamts sind allerdings nicht zu erheben, da der Konkurs zu Unrecht eröffnet wurde (vgl. nachfolgend Ziff. 8 sowie OGer ZH, PS110024 vom 11. März 2011), weshalb der Beschwerdeführerin die entsprechenden Kos-

ten zu erstatten sind. Beim Konkursamt P. _____ liegen sodann, vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 1'500.-- (Fr. 1'800.-- vom Beschwerdegegner dem Konkursgericht als Vorschuss bezahlt, abzüglich Fr. 300.-- erstinstanzliche Spruchgebühr für die Konkursöffnung, act. 2) sowie Fr. 800.--, welche von der Beschwerdeführerin einbezahlt wurden (act. 5/5). Die Kosten des Konkursgerichts (Fr. 300.--) gehen zu Lasten der Beschwerdeführerin (vgl. nachfolgend Ziff. 8). Demnach kann das Konkursamt dem Beschwerdegegner den von ihm geleisteten Vorschuss in Höhe von Fr. 1'800.-- ausbezahlen und der Beschwerdeführerin Fr. 500.-- (Fr. 800.-- abzüglich Fr. 300.-- erstinstanzliche Spruchgebühr) überweisen. Damit zeigt sich, dass die Beschwerdeführerin die Konkursforderung samt Zins und Kosten gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG getilgt hat, weshalb das Konkursbegehren erstinstanzlich abzuweisen wäre.

8. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.-- ist der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren vom Beschwerdegegner zu Recht gestellt wurde. Hingegen hätte der Konkurs wie gesehen nicht eröffnet werden dürfen, weshalb der Beschwerdeführerin weder die Kosten des Konkursamts noch die Kosten des Obergerichts auferlegt werden können. Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt ferner eine gesetzliche Grundlage (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 68 N 14a; ZK ZPO-JENNY, Art. 107 N 26; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 107 N 15).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Winterthur vom 24. Juni 2011, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die vom Beschwerdegegner bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3. Die Kosten des Konkursamts P._____ werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Eine Prozessentschädigung für das Beschwerdeverfahren wird nicht zugesprochen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Beschwerdeführerin einbezahlten Betrag von Fr. 53'279.80 (Fr. 52'529.80 und Fr. 750.--) dem Beschwerdegegner Fr. 52'529.80 auszuzahlen. Die restlichen Fr. 750.-- sind der Beschwerdeführerin zurückzuzahlen.
7. Das Konkursamt P._____ wird angewiesen, von dem bei ihm insgesamt einbezahlten Betrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'500.-- vom Konkursgericht überwiesen und Fr. 800.-- von der Beschwerdeführerin einbezahlt), Fr. 1'800.-- dem Beschwerdegegner und Fr. 500.-- der Beschwerdeführerin auszuzahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursamt P._____ und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Z._____, je gegen Empfangsschein.
9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: