

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120089-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 16. Mai 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. April 2012 (EK120433)

Erwägungen:

1. Am 23. April 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 6). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 14. Mai 2012 wurde dem Gesuch stattgegeben (act. 9). Auf die Einforderung eines Kostenvorschusses von der Schuldnerin wurde verzichtet.
2. a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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).
3. a) Eine Konkurseröffnung 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 (act. 7) ergibt sich, dass die – am 19. März 2012 der Post übergebene (act. 7/5), an die im Handelsregister eingetragene ... [in D._____] Firmenadresse (act. 5) der Schuldnerin adressierte – Gerichtsurkunde des ersten Zustellungsversuchs für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 23. April 2012 10:00 Uhr mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" von der Post retourniert wurde (act. 7/5). Eine zweite Zustellung der Vorladung erfolgte am 21. März 2012 per A-Post an die gleiche Adresse (vgl. act. 7/6/1) sowie eingeschrieben an die im Zahlungsbefehl (act. 7/2) und in der Konkursandrohung (act. 7/3) aufgeführte Zustelladresse in C.____ (vgl. handschriftliche Bemerkung auf der unzustellbaren Gerichtsurkunde, act. 7/5). Die per "A-Post" zugestellte Sendung kam mit dem Vermerk "weggezogen retour an Absender" zurück (act. 7/6/1). Die eingeschrieben versandte Vorladung retournierte die Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" (act. 7/6/2). Wie sich im Nachhinein ergab, wurden aufgrund eines Versehens der Post die Zustellungen an die ... [Adresse] in D.____ nicht nach C.____ weitergeleitet (act. 4/3). Das Urteil wurde wiederum erfolglos an die ... [in D._____] Firmenadresse gesandt (act. 7/9). Nachdem die Schuldnerin am 23. April 2012 vom Konkursamt telefonisch über die Konkursöffnung informiert worden war (vgl. act. 2 S. 2), holte sie am 30. April 2012 den Entscheid beim Bezirksgericht Zürich ab (act. 7/9).

Das Konkursgericht erachtete die veranlassten Zustellungsversuche 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 allfälli-

ges 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. Demnach wurde die Schuldnerin vorliegend nicht korrekt vorgeladen.

4. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. An sich wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin zu entscheiden. Davon kann indes abgesehen werden, da die Schuldnerin die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inkl. Zins und Kosten) mittlerweile bezahlt hat (act. 4/4 i.V.m. act. 3 und 8). Ferner hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens beim Obergericht (act. 4/5 i.V.m. act. 11) und die vorinstanzlichen Kosten sowie die Kosten des Konkursamtes beim Konkursamt (act. 4/6) sichergestellt. Damit besteht nunmehr der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 172 Ziffer 3 SchKG, und es ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Schuld bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters getilgt hätte.
5. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zu prüfen. Die Beschwerde ist gutzuheissen.
6. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist der Schuldnerin aufzuerlegen, weil ihr Zahlungssäumnis das Konkurseröffnungsverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Gläubigerin zu Recht gestellt wurde. Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten der Schuldnerin oder der Gläubigerin veranlasst wurde, sind die zweitinstanzlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die beim Konkursamt E._____ entstan-

denen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Staat schuldet in solchen Fällen keine Entschädigung, und eine Partei wird nur in dem Verhältnis entschädigungspflichtig, in welchem ihr Kosten auferlegt werden (Art. 106 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 23. April 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.- wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes werden auf die Staatskasse genommen.
4. Das Konkursamt E. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'900.- (Fr. 500.- 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. 100.- auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt E. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt F. _____, je gegen Empfangsschein.

6. 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: