

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120094-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 29. Mai 2012

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Mai 2012 (EK120570)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 7. Mai 2012 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 18. Mai 2012 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung sowie Gläubigerverzicht und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 22. Mai 2012 entsprochen (act. 9). Ferner leistete die Beschwerdeführerin bereits am 18. Mai 2012 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/6 und act. 11).

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. Der Beschwerdeführer weist in seiner Beschwerde darauf hin, dass er keine Kenntnis von der vorinstanzlichen Konkursverhandlung erhalten habe (act. 2 S. 7). Überdies macht er geltend, er habe die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten getilgt (act. 2 S. 5) und die Beschwerdegegnerin verzichte auf die Durchführung des Konkursverfahrens (act. 2 S. 6). Ferner sei zur Deckung der

Kosten ein Vorschuss von Fr. 800.-- an das Konkursamt C._____ und ein solcher von Fr. 750.-- an die Obergerichtskasse geleistet worden (act. 2 S. 5).

4.1 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 Entscheidungen 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.

4.2 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 8) ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die der Beschwerdeführerin an ihre im Handelsregisteramt registrierte Adresse (c/o Z._____ AG, ... [Adresse]) sowie an die im Zahlungsbefehl vom 18. Februar 2011 und in der Konkursandrohung vom 20. Mai 2011 als Zustelladresse angegebenen Adresse des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin (D._____, ... [Adresse]; act. 8/3-4) mittels Gerichtsurkunden versandte Vorladung zur auf den 7. Mai 2012 angesetzten Verhandlung mit den Vermerken "Weggezogen. Nachsendefrist abgelaufen." bzw. "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden." und "Nicht abgeholt." retournierte (act. 8/6-8).

4.3 Die Vorinstanz erwog hierzu, die Beschwerdeführerin sei als juristische Person verpflichtet dafür zu sorgen, dass sie jederzeit an ihrem im Handelsregister eingetragenen Domizil erreichbar sei. Bereits in einem früheren Konkursverfahren (Geschäfts-Nr. EK111392) sei sie am angegebenen Domizil nicht erreichbar gewesen, weshalb die darauf erfolgte Konkurseröffnung vom Obergericht des Kantons Zürich zufolge fehlenden Prozessrechtsverhältnisses aufgehoben worden sei (vgl. OGer ZH, PS110176 vom 20. Oktober 2011). Dennoch habe die Beschwerdeführerin in der Zwischenzeit nicht für ihre Erreichbarkeit am angegebenen Sitz gesorgt, weshalb eine erneute Berufung auf ein fehlendes Prozessrechtsverhältnis rechtsmissbräuchlich erscheine (act. 7 S. 2).

4.4 Damit missachtet die Vorinstanz indes die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Danach verpflichtet erst ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis die Parteien, dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können. Diese prozessuale Verpflichtung entsteht also 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.

4.5 Daraus erhellt, dass einerseits der Eintrag im Handelsregister alleine noch keine prozessuale Pflicht begründet und andererseits die Beschwerdeführerin vorliegend nicht mit einer gerichtlichen Zustellung im Sinne einer Vorladung zur Verhandlung betreffend Konkursöffnung rechnen musste, da die am 20. Mai 2011 ausgestellte Konkursandrohung (act. 8/4) kein Prozessrechtsverhältnis entstehen lässt. Damit lassen sich die Tatsachen, dass der Beschwerdeführerin die Vorladung des Konkursgerichts – unabhängig aus welchem Grund – nicht zugestellt werden konnte, und dass die im Handelsregister eingetragene Zustelladresse (es handelt sich dabei um die Revisionsstelle der Beschwerdeführerin) nicht mehr aktuell ist, auch nicht als Zustellungsverweigerung im Sinne von Art. 138 Abs. 3 ZPO auslegen. Das ist auch nicht anders zu beurteilen, wenn bereits in einem anderen Verfahren ein fehlendes Prozessrechtsverhältnis zur Aufhebung einer Konkursöffnung führte. Das Verhalten der Beschwerdeführerin ist daher auch (noch) nicht als rechtsmissbräuchlich zu betrachten. Allerdings ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass dies in einem allfälligen weiteren

Verfahren anders beurteilt werden könnte, weil der Verdacht entstehen würde, dass sie sich auf diese Weise absichtlich der Rechtsdurchsetzung zu entziehen versuchte.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Handelsregisteramt von Amtes wegen dafür besorgt zu sein hat, das Notwendige vorzukehren, wenn das bei einer Aktiengesellschaft zwingend einzutragende Rechtsdomizil (Art. 2 lit. c, Art. 45 Abs. 1 lit. c und Art. 117 Abs. 2 und 3 HRegV) nicht mehr den Tatsachen entspricht (Art. 152 Abs. 1 lit. b und Art. 153a HRegV).

4.6 Insgesamt ergibt sich, dass das Konkursgericht die Konkursöffnung erst hätte aussprechen dürfen, wenn sie der Beschwerdeführerin die Vorladung zur Konkursverhandlung durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtswibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zuzustellen 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 äussern 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).

5. 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 der Beschwerdegegnerin 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 oder der Gläubiger ihr Stundung gewährt hat, denn diese Umstände müssten nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG 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 Aufhebungs-

gründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin davon aber befreit, weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 12).

6. Die Beschwerdeführerin hat einerseits nachgewiesen, dass sie die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten bezahlt hat (act. 5/3). Andererseits hat die Beschwerdeführerin der Kammer ein Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 18. Mai 2012 eingereicht, worin diese mitteilt, dass sie auf die Durchführung des Konkurses verzichte (act. 5/4). Das hat die Beschwerdegegnerin zudem mit unaufgeforderter Eingabe vom 18. Mai 2012 (eingegangen am 23. Mai 2012) bestätigt (act. 12). Damit hat die Beschwerdeführerin nachgewiesen, dass die Schuld gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG getilgt ist und ihr von der Beschwerdegegnerin eine Stundung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG gewährt worden ist, weshalb das Konkursbegehren erstinstanzlich abzuweisen wäre. Ferner hat die Beschwerdeführerin mit der Einzahlung von Fr. 800.-- beim Konkursamt C. _____ auch dessen Kosten sowie die vorinstanzliche Spruchgebühr beglichen (act. 5/5).

7. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- ist der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Beschwerdegegnerin 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 (vgl. OGer ZH, PS110024 vom 11. März 2011). Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt 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).

8. Der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.-- kann deshalb der Beschwerdeführerin zurück bezahlt werden. Ferner hat die Beschwerdeführerin mit der Einzahlung von Fr. 800.-- beim Konkursamt C. _____ nebst der vorinstanzlichen Spruchgebühr auch dessen Kosten beglichen (act. 5/5). Kosten für das Verfahren des Konkursamts sind allerdings wie ausgeführt nicht zu erheben, weshalb der Be-

schwerdeführerin die entsprechenden Kosten zu erstatten sind. Beim Konkursamt C._____ liegen also, vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 1'400.-- (Fr. 1'800.-- von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht als Vorschuss bezahlt, abzüglich Fr. 400.-- erstinstanzliche Spruchgebühr für die Konkursöffnung, act. 7) sowie Fr. 800.--, welche von der Beschwerdeführerin einbezahlt wurden (act. 5/5). Allerdings hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin den von dieser im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.-- bereits ersetzt (vgl. act. 5/4 und act. 12). Demnach kann das Konkursamt der Beschwerdeführerin insgesamt Fr. 2'200.-- (Fr. 1'800.-- und Fr. 800.-- abzüglich Fr. 400.-- erstinstanzliche Spruchgebühr) ausbezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Mai 2012, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamts C._____ 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, den bei ihr von der Beschwerdeführerin einbezahlten Betrag von Fr. 750.-- der Beschwerdeführerin zurückzuzahlen.

7. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, den bei ihm insgesamt einbezahlten Betrag von Fr. 2'200.-- (Fr. 1'400.-- vom Konkursgericht überwiesen und Fr. 800.-- von der Beschwerdeführerin einbezahlt) der Beschwerdeführerin auszuführen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E._____, 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: