

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120123-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 17. Juli 2012

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B1.____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Juni 2012 (EK120819)

Erwägungen:

I.

Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist Inhaberin des seit dem 22. September 2010 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens A. _____ - ..., welches den Betrieb eines Lebensmittelgeschäfts bezweckt (act. 5/3).

Mit Urteil vom 21. Juni 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) vom 21. Mai 2012 über die Schuldnerin den Konkurs (act. 8/5 = act. 3). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 2. Juli 2012, beim Obergericht eingegangen am 3. Juli 2012, beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2 S. 2). Sie macht im Wesentlichen geltend, dass sie die Vorladung des Konkursgerichtes zur Konkursöffnungsverhandlung nicht erhalten habe (act. 2 S. 2 ff.).

Mit Präsidialverfügung vom 3. Juli 2012 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-7). Für die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens hat die Schuldnerin einen Vorschuss von Fr. 750.– geleistet (act. 5/7).

II.

Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich nicht, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden konnte. Die Vorinstanz hat die Konkursöffnungsverhandlung auf den 21. Juni 2012, 10.00 Uhr, angesetzt (act. 8/3). Die am 25. Mai 2012 als Gerichtsurkunde an die Schuldnerin versandte Verhandlungsanzeige wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert. Ein zweiter Versand erfolgte nicht eingeschrieben, per A-Post (act. 8/4). Der Vorderrichter erachtete die erfolgten Zustellversuche zunächst mittels Ge-

richtsurkunde und hernach mit A-Post an die Schuldnerin offenbar als rechtsgenügend und eröffnete – da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren – den Konkurs (act. 2). Da kein Zustellungsnachweis vorliegt, ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin nicht in den Besitz der gerichtlichen Verhandlungsanzeige gelangt ist.

Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. In der Regel entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches den Parteien gebietet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und 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. Eine Zustellungsfiktion kann demnach nur für ein hängiges bzw. laufendes Verfahren gelten. Nach ständiger Praxis der Kammer (ZR 104 Nr. 43) vermag indes die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt beim Konkursrichter noch kein hängiges Verfahren mit den genannten prozessualen Pflichten, mithin kein Prozessrechtsverhältnis zu begründen; das konkursrichterliche Verfahren wird vielmehr erst durch das Begehren des Gläubigers um Eröffnung des Konkurses – als neues Verfahren – in die Wege geleitet. Davon abzuweichen besteht kein Anlass (vgl. hierzu BGE 130 III 396).

Da die Schuldnerin mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, kann auch nicht gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO präsumiert werden, die Vorladung gelte als zugestellt. Indem der Vorderrichter die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz ist nicht möglich, weshalb der angefochtene Entscheid wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben ist.

III.

Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese eine neue Konkursverhandlung ansetze und neu über das Konkursbegehren entscheide, erübrigt sich. Die Schuldnerin belegt mit einer Quittung, dass sie am 30. Juni 2012 bei der Post für die Gläubigerin Fr. 1'467.40 eingezahlt hat (act. 5/5). Damit ist die in Betreuung gesetzte Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten getilgt. Zudem hat die Schuldnerin dem Konkursamt C._____ Fr. 1'500.– übergeben (act. 5/6), womit die Kosten des Konkursamtes einschliesslich der erstinstanzlichen Spruchgebühr gedeckt sind, so dass das Konkursamt über genügend Mittel verfügt, um der Gläubigerin den ganzen dem Konkursgericht geleisteten Barvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten. Die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung sind somit heute nicht mehr erfüllt.

IV.

Die erstinstanzliche, aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene Spruchgebühr von Fr. 400.– ist trotz Gutheissung der Beschwerde der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie der Gläubigerin mit ihrer Zahlungssäumnis begründeten Anlass zum Konkursbegehren gegeben hat.

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes C._____ sind auf die Staatskasse zu nehmen (O-GerZH PS110149 vom 23. August 2011). Für eine Parteientschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 21. Juni 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes C._____ werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– 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. 1'100.– auszuzahlen.
6. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein.
8. 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. Graf

versandt am: