

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120241-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 21. Dezember 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 6. Dezember 2012 (EK121854)

Erwägungen:

1. Am 6. Dezember 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2012 wurde dem Gesuch nicht stattgegeben (act. 9). Nach Leistung eines Kostenvorschusses an das Konkursamt C._____ wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 19. Dezember 2012 jedoch die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11 und 12). Auf die Einforderung eines Kostenvorschusses von der Schuldnerin kann verzichtet werden. Es ist ihr deshalb die mit Verfügung vom 18. Dezember 2012 angesetzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses (vgl. act. 9) abzunehmen.

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) Vorgängig ist allerdings zu prüfen, ob die Schuldnerin von der Vorinstanz korrekt vorgeladen worden ist (vgl. dazu 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 Zustel-

lungsversuch als zugestellt, *sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste.*

Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 8) ergibt sich, dass die – am 12. November 2012 der Post übergebene (act. 8/4), an die im Handelsregister eingetragene Firmenadresse (act. 6) der Schuldnerin adressierte – Gerichtsurkunde des ersten Zustellungsversuchs für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 6. Dezember 2012 10:00 Uhr mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert wurde (act. 8/4). Eine zweite Zustellung der Vorladung erfolgte am 22. November 2012 per A-Post an die gleiche Adresse (vgl. act. 8, vorinstanzliches Aktencouvert). Ob die Schuldnerin die Vorladung erhalten hat, ergibt sich nicht aus den Akten.

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 allfälliges 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. 5/3/1-2). Ferner hat sie die vorinstanzlichen Kosten sowie die Kosten des Konkursamtes beim Konkursamt (act. 11) 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 Entscheidegebühr ist der Schuldnerin aufzuerlegen, weil ihre 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 C._____ entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Parteient-schädigungen sind keine zuzusprechen. Der Staat schuldet in solchen Fäl-len keine Entschädigung, und eine Partei wird nur in dem Verhältnis ent-schädigungspflichtig, in welchem ihr Kosten auferlegt werden (Art. 106 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die der Schuldnerin mit Verfügung vom 18. Dezember 2012 angesetzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses wird abgenommen.
2. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Dezember 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.- wird der Schuldnerin auferlegt.
4. Die Kosten des Konkursamtes werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.- (Fr. 1'400.- 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. 1'000.- auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin 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 D._____, je gegen Empfangsschein.
7. 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: