

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130209-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 6. Dezember 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2013 (EK131939)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 28. November 2013 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 6). Mit Beschwerde vom 3. Dezember 2013 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 3. Dezember 2013 entsprochen (act. 12). Ferner leistete die Beschwerdeführerin bereits am 3. Dezember 2013 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/11).

2. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG; KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7). 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).

Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 7) ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die der Beschwerdeführerin mittels Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur auf den 28. November 2013 angesetzten Verhandlung mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retournierte (act. 7/6 und act. 7/7). Eine erneute Zustellung erfolgte nicht.

3. 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 Pro-

zessrechtverhältnis 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. Daraus erhellt, dass die Beschwerdeführerin nicht mit einer gerichtlichen Zustellung im Sinne einer Vorladung zur Verhandlung betreffend Konkursöffnung rechnen musste, da die am 2. September 2013 ausgestellte Konkursandrohung (act. 7/3/2) 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) 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 dem genannten formellen Grund gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Folgerichtig wäre die Sache 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 Konkursforde-

zung (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 Aufhebungsgründe 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 mit der Beschwerde nachgewiesen, dass sie die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten hinterlegt hat (act. 5/11). Dieser Betrag wird mit dem vorliegenden Entscheid über die Aufhebung des Konkurskenntnisses der Beschwerdegegnerin ausbezahlt werden. In der Folge gälte die Schuld gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG als getilgt, weshalb das Konkursbegehren erstinstanzlich abzuweisen wäre. Ferner hat die Beschwerdeführerin mit der Einzahlung von Fr. 5'000.-- beim Konkursamt C. _____ auch dessen Kosten sowie die vorinstanzliche Spruchgebühr beglichen (act. 5/10).

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 (ZK ZPO-JENNY, 2. Aufl. 2013, Art. 107 N 26; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 107 N 15).

8. Der von der Beschwerdeführerin bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag in Höhe von Fr. 32'876.90 ist deshalb vollständig der Beschwerdegegnerin auszuzahlen. Zudem ist der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.-- der Beschwerdeführerin zurückzuzahlen. Die Obergerichtskasse ist entsprechend anzuweisen. Ferner

hat die Beschwerdeführerin mit der Einzahlung von Fr. 5'000.-- beim Konkursamt C._____ nebst der vorinstanzlichen Spruchgebühr auch dessen Kosten beglichen (act. 5/10). Kosten für das Verfahren des Konkursamts sind allerdings wie ausgeführt nicht zu erheben, weshalb der Beschwerdeführerin 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 Konkurseröffnung, act. 6) sowie Fr. 5'000.--, welche von der Beschwerdeführerin einbezahlt wurden (act. 5/10). Demnach kann das Konkursamt der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin insgesamt Fr. 4'600.-- (Fr. 5'000.-- abzüglich Fr. 400.-- erstinstanzliche Spruchgebühr) ausbezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2013, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamts D._____ 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 einbezahlte Betrag von Fr. 750.-- der Beschwerdeführerin zurückzahlen.

7. Die Obergerichtskasse wird weiter angewiesen, den bei ihr von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 32'876.90 der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
8. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm insgesamt einbezahlten Totalbetrag von Fr. 6'400.-- (Fr. 1'400.-- vom Konkursgericht überwiesen und Fr. 5'000.-- von der Beschwerdeführerin einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin Fr. 4'600.-- auszuzahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E._____, je gegen Empfangsschein.
10. 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. Houweling-Wili

versandt am: