

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140245-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 31. Oktober 2014

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. September 2014 (EK141209)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 17. September 2014 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3 = act. 7 = act. 8/15). Mit Beschwerde vom 6. Oktober 2014 beantragte diese rechtzeitig bei der Kammer die Aufhebung des Konkursdekrets und stellte ein Gesuch um aufschiebende Wirkung (act. 2 S. 2). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 7. Oktober 2014 entsprochen (act. 9). Den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.– hatte die Beschwerdeführerin bereits mit Zahlung vom 3. Oktober 2014 geleistet (act. 5/22).
2. Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt werden (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 7).
3. Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Beschwerde darauf hin, dass sie keine Kenntnis von der vorinstanzlichen Konkursverhandlung erhalten habe (act. 2 S. 9 f.). Zudem macht sie geltend und belegt, dass die Beschwerdegegnerin mit Erklärung vom 6. Oktober 2014 aufgrund der Vereinbarung eines Abzahlungsvertrags ausdrücklich auf die Durchführung des Konkurses verzichtet habe (act. 2 S. 11, act. 5/13-14), was nach Art. 174 Abs. 2 SchKG zur Aufhebung eines an sich korrekt eröffneten Konkurses führen könnte. Überdies erbringt die Beschwerdeführerin den Nachweis, dass sie am 30. September 2014 beim Konkursamt Oerlikon-Zürich Fr. 1'500.– zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens sichergestellt hat (act. 5/21).
- 4.1 Eine Konkursöffnung 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.

4.2 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Gerichtsurkunde für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 17. September 2014, 10:00 Uhr, am 22. August 2014 an die im Handelsregister eingetragene Firmenadresse der Beschwerdeführerin versandt wurde. Am 29. August 2014 wurde sie mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 8/14). Daraufhin erfolgte am 1. September 2014 ein zweiter Zustellungsversuch durch die Vorinstanz per A-Post an dieselbe Adresse der Beschwerdeführerin (vgl. act. 8/14, act. 8/21).

4.3 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet erst ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis die Parteien, dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können. Die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag aber nach ständiger Praxis der Kammer kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht zu begründen (ZR 10472005 Nr. 43, BGE 138 III 225). Die Zustellfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Dass die Vorinstanz einen zweiten Zustellungsversuch per A-Post unternommen hat, ändert an dieser Ausgangslage nichts, da der Empfang einer solchen Sendung dem Empfänger nicht nachgewiesen werden kann.

Insgesamt ergibt sich, dass das Konkursgericht die Konkursöffnung erst hätte aussprechend dürfen, nachdem es der Beschwerdeführerin die Vorladung zur Konkursverhandlung nachgewiesenermassen zugestellt oder eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO veranlasst hätte. Indem die Vorinstanz die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon sich die Beschwerdeführerin nicht zum Konkursbegehren hatte äussern können, 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., 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 mit der Aufforderung, 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 abgesehen werden, weil die Beschwerdegegnerin mit Erklärung vom 6. Oktober 2014 nachweislich auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat. Dieser Umstand müsste nach der Rückweisung an das Konkursgericht als Rückzug des Konkursbegehrens gewertet werden bzw. zu dessen Abweisung führen (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 172 N 6). Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit kann folglich verzichtet werden, weil der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nur dann nachzuweisen hat, wenn er sich auf einen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Davon ist die Beschwerdeführerin aber befreit, weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 12).

6.1 Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– ist entsprechend der Vereinbarung der Parteien im Abzahlungsvertrag vom 6. Oktober 2014 (act. 5/13 S. 2) der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 109 Abs. 1 ZPO). Hingegen hätte der Konkurs wie gesehen nicht eröffnet werden dürfen, weshalb der Beschwerdeführerin weder die zweitinstanzliche Entscheidgebühr noch die Kosten des Konkursamts auferlegt werden können (OGer ZH PS110025 vom 11. März 2011). Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (ZK ZPO-JENNY, 2. Aufl., Art. 107 N 26; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 107 N 15).

6.2 Der bei der Obergerichtskasse als Vorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.– kann der Beschwerdeführerin mangels Kostenerhebung zurückbezahlt werden. Ferner hat die Beschwerdeführerin mit der Einzahlung von Fr. 1'500.– beim Konkursamt Oerlikon-Zürich nebst der vorinstanzlichen Spruchgebühr auch dessen Kosten beglichen (act. 5/21). Kosten für das konkursamtliche Verfahren sind wie ausgeführt nicht zu erheben, weshalb der

Beschwerdeführerin diese ebenfalls zu erstatten sind. Der Beschwerdegegnerin ist sodann der im vorinstanzlichen Verfahren geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzubezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 17. September 2014, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamts Oerlikon-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Eine Prozessentschädigung für das Beschwerdeverfahren wird nicht zugesprochen.
6. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.– vom Konkursgericht überwiesen) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin den verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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:

Dr. M. Isler

versandt am: