

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150032-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 12. März 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Februar 2015 (EK150030)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 12. Februar 2015 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) über Fr. 9'003.90 nebst Zins zu 6 % seit 27. Oktober 2013, Fr. 18.90 Nebenforderung, Fr. 802.00 Verzugsschaden sowie Betreuungskosten von Fr. 264.60 (act. 3).

2. Mit Eingabe vom 27. Februar 2015, beim Obergericht eingegangen am 2. März 2015, erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Urteil vom 12. Februar 2015 und stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

"Das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Februar 2015 (Geschäfts-Nr. EK150030-L / U_V12) sei aufzuheben und es sei die Beschwerdeführerin in die Verfügung über ihr Vermögen wieder einzusetzen."

Gleichzeitig stellte die Schuldnerin den folgenden prozessualen Antrag (vgl. act. 2 S. 2):

"Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen unter Mitteilung an das Konkursamt Riesbach-Zürich."

3. Mit Verfügung vom 2. März 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Von einer Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses wurde abgesehen, da die Schuldnerin die Bezahlung des praxisgemässen Betrags von Fr. 750.00 an die Obergerichtskasse bereits mit der Beschwerdeerhebung nachgewiesen hatte (act. 9; vgl. act. 5/19).

4. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (vgl. act. 8/1-15). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Schuldnerin bringt vor, erst am 13. Februar 2015 durch einen Telefonanruf des Konkursamts Riesbach-Zürich von der Konkurseröffnung erfahren zu haben. Vorher habe sie, die Schuldnerin, keine Kenntnis vom laufenden Konkursverfahren gehabt. Ihr alleiniger Geschäftsführer habe den Entscheid sodann am 24. Februar 2015 bei der Vorinstanz persönlich abgeholt (vgl. act. 2 S. 3).

2. Die Vorinstanz versandte das angefochtene Urteil am 12. Februar 2015 an die Parteien. Die Sendung an die Schuldnerin wurde von der Post mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" an die Vorinstanz retourniert (act. 8/12).

Wie nachfolgend noch eingehend aufgezeigt wird, bestand gegenüber der Schuldnerin bis zum Zeitpunkt des Versands des Konkursentscheids kein Prozessrechtsverhältnis (vgl. nachfolgend II./5.). Der angefochtene Entscheid gilt daher nicht vor dem 24. Februar 2015 als zugestellt. Die mit Eingabe vom 27. Februar 2015 erhobene, schriftlich begründete Beschwerde (act. 2) erweist sich daher als rechtzeitig, weshalb darauf einzutreten ist.

3. 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 Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste.

4. Die Vorinstanz hat die Verhandlung über das Konkursbegehren der Gläubigerin auf den 12. Februar 2015, 10:00 Uhr, angesetzt (act. 8/3). Die Verhandlungsanzeige an die Schuldnerin wurde am 14. Januar 2015 eingeschrieben an ihre Adresse gemäss Handelsregister (...) versandt (act. 8/5), von der Post in-

dessen mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert (act. 8/7). Eine zweite Zustellung an dieselbe Adresse erfolgte gemäss Notiz der Vorinstanz am 20. Januar 2015 per A-Post (act. 8/7). Auch diese Sendung wurde von der Post mit demselben Vermerk retourniert (act. 8/8).

Weitere Zustellversuche hat die Vorinstanz offenbar nicht vorgenommen, und in den Akten findet sich kein Zustellungsnachweis. Daher ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin mit Recht vorbringt, nicht in den Besitz der gerichtlichen Verhandlungsanzeige gelangt zu sein (act. 2 S. 6 f.).

5. Ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Sendungen 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 (Prozessrechtsverhältnis). Die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet nach der Praxis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihm gerichtliche Entscheide zugestellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss der Schuldner somit nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (vgl. ZR 104 Nr. 43 sowie OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. II./2.; vgl. auch BGE 130 III 396).

5.1 Die von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO für eingeschriebene Postsendungen statuierte Zustellungsfiktion kommt im vorliegenden Fall bereits deshalb nicht in Frage, weil der Schuldnerin mangels postalischer Erreichbarkeit keine Abholaufforderung zugestellt werden konnte (so richtig die Schuldnerin, act. 2 S. 4).

5.2 Der Umstand, dass die Schuldnerin ihre Erreichbarkeit an ihrer aktuellen Adresse gemäss Handelsregister (act. 6) nicht sicherstellte, kann ihr beim Fehlen eines Prozessrechtsverhältnisses auch nicht als Annahmeverweigerung

nach Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO entgegen gehalten werden (zur gegenteiligen Situation einer Annahmeverweigerung, wenn die Partei vom Verfahren weiss und ihre postalische Erreichbarkeit nicht aufrecht erhält, vgl. OGer ZH LF140073 vom 13. Oktober 2014, E. II./2.2 mit weiteren Hinweisen).

Damit die Verweigerung der Annahme auch ohne Prozessrechtsverhältnis zur Fiktion der Zustellung führt, müsste sie aktiver sein, etwa im Sinne eines Zerreisens einer Sendung oder einer ausdrücklichen Erklärung gegenüber dem Postbeamten. Ist bloss die postalische Erreichbarkeit nicht sichergestellt und wird eine Sendung mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden" retourniert, verhält es sich dagegen ähnlich wie im Falle der Rücksendung mit dem Vermerk "abgereist", der (ohne Prozessrechtsverhältnis) auch keine Verweigerung der Annahme darstellt (vgl. BGE 50 III 184).

Im vorliegenden Fall fällt im Übrigen weiter in Betracht, dass die Schuldnerin ihren Sitz erst per 5. Januar 2015 nach Luzern verlegte (act. 6). Dieser Umstand hätte seitens der Vorinstanz angesichts des Fehlens eines Prozessrechtsverhältnisses umso mehr Anlass zu weiteren Abklärungen hinsichtlich der Adresse der Schuldnerin gegeben.

5.3 Die Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt, weshalb der angefochtene Entscheid betreffend Konkursöffnung wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben ist.

6. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaliger Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung inkl. Kosten und Zinsen am 27. Februar 2015 mit Zahlung von Fr. 10'809.75 an die Gläubigerin getilgt (act. 5/8, act. 2 S. 8 f.; vgl. auch bereits act. 9 S. 2). Zudem hat die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzliche Spruchgebühr mit der Leistung eines Barvorschusses von Fr. 1'400.00 beim Konkursamt Riesbach-Zürich sichergestellt. Nach der Bestätigung des Konkursamtes vom 25. Februar 2015 genügt dieser Betrag, um die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzliche Entscheidgebühr sicherzustellen (act. 5/18, act. 2 S. 16).

Die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben, und das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 7. Januar 2015 (act. 8/1) ist abzuweisen.

III.

1. Die erstinstanzliche, aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene Spruchgebühr von Fr. 400.00 ist trotz Gutheissung der Beschwerde der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie der Gläubigerin mit ihrer Zahlungssäumnis begründeten Anlass zum Konkursbegehren gegeben hat (vgl. OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. V.).

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes Oerlikon-Zürich sind auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. auch dazu PS120214 vom 30. November 2012, E. V., sowie OGer ZH PS130065 vom 26. Juni 2013, E. III.). Parteientschädigungen wurden nicht beantragt.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Februar 2015, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 7. Januar 2015 wird abgewiesen.
2. Die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes Riesbach-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.

5. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.00 (Fr. 1'400.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin Fr. 1'000.00 auszusahlen.
6. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an die Handelsregisterämter der Kantone Zürich und Luzern und an die Betreibungsämter Zürich 8 und Luzern, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:
13. März 2015