

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150165-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Beschluss und Urteil vom 9. Oktober 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. August 2015 (EK151322)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 27. August 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) über Fr. 8'844.00 nebst Zins zu 5 % seit 21. August 2014 und Fr. 100.00 Inkassokosten zuzüglich Betreuungskosten (act. 3).

Das Urteil wurde am 28. August 2015 von C. _____ für die Schuldnerin entgegen genommen (act. 8/9).

2. Mit Eingabe vom 11. September 2015 (Datum Poststempel), beim Obergericht eingegangen am 14. September 2015, erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Urteil vom 27. August 2015 und stellte die folgenden Anträge (prozessual und zur Sache; vgl. act. 2 S. 2):

- "1. Die der Gesuchstellerin vom Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 27. August 2015 gesetzte Frist von zehn Tagen zur Einreichung der Beschwerde gegen die Konkursöffnung sei wiederherzustellen;
2. Das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 27. August 2015 sei aufzuheben;
3. Es sei die aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Durchführung des Konkursverfahrens beim Konkursamt Wiedikon-Zürich zu erteilen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin [*recte wohl: zu Lasten der Gesuchsgegnerin*]."

3. Mit Verfügung vom 14. September 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Von einer Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses wurde abgesehen, da die Schuldnerin die Bezahlung der praxismässig auflaufenden Kosten im Betrag von Fr. 750.00 an die

Obergerichtskasse bereits mit der Beschwerdeerhebung überwiesen hatte (act. 9; vgl. act. 5/16).

4. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (vgl. act. 8/1-9). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Er muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen (Art. 33 Abs. 4 SchKG).

1.1 Die Schuldnerin lässt vorbringen, bei C._____, die den angefochtenen Entscheid für sie (die Schuldnerin) entgegen genommen habe, handle es sich um die Ehefrau ihres Geschäftsführers, welche nur albanisch und serbisch spreche und der deutschen Sprache nicht mächtig sei. Sie habe nicht wissen bzw. verstehen können, dass die Sendung von hoher Wichtigkeit gewesen sei und dass der Konkurs über die Schuldnerin eröffnet worden sei. Daher habe sie den Geschäftsführer nicht über die Sendung informiert. Zudem sei der Geschäftsführer vom 14. August 2015 bis 6. September 2015 im Ausland gewesen (act. 2 S. 4, S. 8 f.; act. 5/2, 5/4).

1.2 C._____ reiste am 16. August 2014 in die Schweiz ein (act. 5/3). Somit kann angenommen werden, dass sie erst seit etwas mehr als einem Jahr in der Schweiz lebte, als der angefochtene Entscheid zugestellt wurde. Dass sie der deutschen Sprache kaum mächtig ist, erscheint glaubhaft (act. 2 S. 4). Aufgrund der eingereichten Ausweiskopie mit den entsprechenden Stempeln ist ferner dokumentiert, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin, D._____, zwischen dem 14. August 2015 und dem 6. September 2015 im Ausland weilte (act. 5/4).

1.3 In Anlehnung an die von der Schuldnerin zitierte Praxis (act. 2 S. 8) kann diese Situation als unverschuldetes Hindernis betrachtet werden, das die Fristwiederherstellung nach Art. 33 Abs. 3 SchKG erlaubt. Dabei ist davon auszugehen, dass das Hindernis am 6. September 2015 mit der Rückkehr des Geschäftsführers entfiel.

Mit Eingabe vom 11. September 2015 hat die Schuldnerin somit rechtzeitig um Wiederherstellung der Frist ersucht und die versäumte Handlung nachgeholt. Das Wiederherstellungsgesuch ist daher gutzuheissen, und auf die in wiederhergestellter Frist erhobene Beschwerde gegen das Urteil vom 27. August 2015 ist einzutreten.

2. Die Schuldnerin macht geltend, sie habe für die Verhandlung über das Konkursbegehren vom 27. August 2015 keine Vorladung erhalten. Daher sei ihr Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt worden (act. 2 S. 5).

3. Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG).

3.1 Die Vorinstanz hat die Verhandlung über das Konkursbegehren der Gläubigerin auf den 27. August 2015, 10:00 Uhr, angesetzt (act. 5/3). Die Verhandlungsanzeige an die Schuldnerin wurde am 31. Juli 2015 eingeschrieben an die Adresse der Schuldnerin versandt, von der Post indessen mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 8/4/2, 8/5). Eine zweite Zustellung an dieselbe Adresse erfolgte gemäss Notiz der Vorinstanz am 12. August 2015 (act. 8/5). Auch diese eingeschriebene Sendung wurde von der Post mit demselben Vermerk retourniert (act. 8/6). Eine weiterer Zustellungsversuch erfolgte gemäss Notiz der Vorinstanz am 24. August 2015 per A-Post (act. 8/6).

3.2 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).

Eine nicht ordnungsgemässe Zustellung – darunter fällt auch die Zustellung der Vorladung per A-Post – kann geheilt werden, wenn der Empfänger trotz des Mangels Kenntnis von der Gerichtsurkunde erhält und in der Wahrung seiner Rechte nicht beeinträchtigt wird. Der Beweis der tatsächlichen Zustellung ist dabei vom Gericht zu erbringen. Es besteht keine Vermutung dafür, dass eine nicht eingeschriebene Sendung den Adressaten tatsächlich erreicht (vgl. BK ZPO-FREI, Art. 138 N 3, N 36; vgl. im Weiteren auch OGer ZH PS140284 vom 2. März 2015, E. II./4.2).

3.3 Dass die Vorladung der Schuldnerin anlässlich der beiden ersten Zustellungsversuche nicht zugeing, ist angesichts der durch die Post retournierten Sendungen ohne weiteres klar. Den Erhalt einer Vorladung via A-Post (dritter Zustellungsversuch) hat die Schuldnerin ausdrücklich bestritten (act. 2 S. 5). 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.).

3.4 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.

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 die Schuldnerin durch das Betreibungsamt begründet nach der Praxis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren 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 somit nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (vgl. OGer ZH PS130065 vom 26. Juni 2013, E. II./3 mit weiteren Hinweisen).

3.5 Die Anzeige der Konkureröffnungsverhandlung gilt aus diesem Grund nicht als zugestellt. Der angefochtene Entscheid über die Konkureröffnung ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben.

4. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaligem Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung inkl. Kosten und Zinsen am 9. September 2015 mit Zahlung von Fr. 9'651.90 an das Betreibungsamt getilgt (mit Begleichung des offenen Restbetrags, nachdem bereits zuvor Teilzahlungen im Totalbetrag von Fr. 5'000.00 geleistet worden waren, vgl. act. 5/5 und act. 2 S. 5; vgl. auch bereits act. 9 S. 3).

Zudem hat die Schuldnerin innert der wiederhergestellten Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzliche Spruchgebühr mit der Leistung eines Barvorschusses von Fr. 600.00 beim Konkursamt Wiedikon-Zürich sichergestellt. Nach der Bestätigung des Konkursamtes vom 9. September 2015 genügt dieser Betrag, um die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzliche Entscheidgebühr sicherzustellen (act. 5/15, act. 2 S. 10).

Die Voraussetzungen für eine Konkureröffnung 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 23. Juli 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 PS130065 vom 26. Juni 2013, E. III./1.).

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 OGer ZH PS130065 vom 26. Juni 2013, E. III./2.).

3. Wie der Antrag der Schuldnerin zur Parteientschädigung zu verstehen ist (vgl. vorne I./2.), kann offen bleiben. Die Gläubigerin kann nicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden, da sie sich der Beschwerde nicht entgegen stellte (vgl. OGer ZH NQ120031/U1 vom 15. Mai 2014, III./2.). Eine Ausnahmekonstellation, welche es rechtfertigen würde, eine Parteientschädigung aus der Staatskasse zu bezahlen (vgl. dazu OGer ZH PQ140037 vom 28. Juli 2014, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen), liegt nicht vor.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Schuldnerin um Wiederherstellung der durch das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich mit Urteil vom 27. August 2015 angesetzten Frist zur Erhebung der Beschwerde gegen das Urteil wird gutgeheissen.
2. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 27. August 2015, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 23. Juli 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 Wiedikon-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'000.00 (Fr. 600.00 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. 200.00 auszuzahlen.
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 Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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:
12. Oktober 2015