

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180109-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 10. Juli 2018

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Juni 2018 (EK180768)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 8. Juni 2018 den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 62'626.90 und Rechtsöffnungskosten von Fr. 2'500.– sowie Betreuungskosten von Fr. 220.60 (vgl. act. 3). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 21. Juni 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 2, zur Rechtzeitigkeit siehe act. 8/10). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und bringt im Wesentlichen vor, sie sei nicht gehörig zur Konkurseröffnungsverhandlung vorgeladen worden und habe daher vom Konkursverfahren nichts gewusst (vgl. act. 2 Rz 14-16).

Mit Verfügung vom 22. Juni 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (vgl. act. 10). Diese Frist liess die Gläubigerin unbenutzt verstreichen, weshalb das Verfahren androhungsgemäss ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen ist (vgl. Art. 147 ZPO). Auf die Einforderung eines Kostenvorschusses von der Schuldnerin wurde verzichtet. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-10). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. 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.

Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die der Schuldnerin mittels Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retournierte (vgl. act. 8/7). Eine erneute Zustellung erfolgte nicht bzw. nur per A-Post (vgl. handschriftlicher Vermerk auf act. 8/7).

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 einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag nach ständiger Praxis der Kammer jedoch kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht zu begründen (vgl. ZR 104 Nr. 43 sowie OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. II./2.; vgl. auch BGE 130 III 396). Die von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO für eingeschriebene Postsendungen statuierte Zustellungsfiktion greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Die Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt, weshalb der angefochtene Entscheid über die Konkursöffnung wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben ist.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Eine Parteienschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 107 N 12; BGE 139 III 471).

Allfällige Kosten des Konkursamtes Riesbach-Zürich sind ebenfalls auf die Staatskasse zu nehmen. Von dem beim Konkursamt Riesbach-Zürich einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin [vgl. act. 5/5] sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) sind der Schuldnerin Fr. 800.– und der Vorinstanz (zwecks Wiederholung der Konkursverhandlung und neuer Entscheidung) Fr. 1'400.– auszu zahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Juni 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und die Sache wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Schuldnerin Fr. 800.– und der Vorinstanz (zwecks Wiederholung der Konkursverhandlung und neuer Entscheidung) Fr. 1'400.– auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien,
 - die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
 - das Konkursamt Riesbach-Zürich,
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
 - das Betreibungsamt Zürich 8,je gegen Empfangsschein.
6. 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. O. Canal

versandt am: