

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190021-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 14. März 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

GastroSocial Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Januar 2019 (EK182018)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 17. Januar 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 4'000.– nebst 5 % Zins seit 14. September 2018, Fr. 48.35 Verzugszins vom 17. Juni bis 13. September 2018 zuzüglich Fr. 50.– Betreibungsgebühr, Fr. 60.– und Fr. 313.10 Betreuungskosten, total Fr. 4'539.95, den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Dagegen erhob diese mit Eingabe vom 6. Februar 2019 Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

2.a) Die Schuldnerin erklärt zunächst, sie habe erst durch das Konkursamt Aussersihl-Zürich von der Konkurseröffnung erfahren (act. 2 Rz 3 ff.). Sollte der Konkursbeamte sie nur mündlich über die Konkurseröffnung informiert haben, läge darin keine förmliche Zustellung des Konkursbescheides, welche die Rechtsmittelfrist ausgelöst haben könnte. Nicht anders wäre es zu halten, wenn der Konkursbeamte der Schuldnerin, wie es häufig der Fall ist, eine Kopie des Urteils ausgehändigt hätte. Demnach hätte die Rechtsmittelfrist noch gar nicht zu laufen begonnen. Eine Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO kann – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (E. 4) – nicht angenommen werden. Die am 6. Februar 2019 zur Post gegebene Beschwerde ist demnach als rechtzeitig entgegenzunehmen.

b) Mit Einreichung der Beschwerde belegt die Schuldnerin, dass sie Fr. 4'554.80 zuhanden der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat (act. 2 Rz 13, act. 5/7). Damit ist die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten gedeckt. Ebenso stellte die Schuldnerin die Kosten des Konkursamtes in der Höhe von Fr. 1'200.– sicher und leistete bei der Obergerichtskasse für das Beschwerdeverfahren einen Vorschuss von Fr. 750.– (act. 5/8 und 5/9). Ferner reichte sie verschiedene Unterlagen zur Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 5/10-13).

c) Mit Verfügung vom 7. Februar 2019 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

3.a) Die Schuldnerin rügt vorab die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz. Die Anzeige zur Konkursverhandlung sei ihr nicht zugestellt, sondern mit dem Vermerk "Annahme verweigert" retourniert worden. Dies deshalb, weil sie (die Schuldnerin) das A._____ an der B._____ -Strasse ... in ... Zürich verkauft habe und nunmehr das Restaurant C._____ in D._____ betreibe. Der Postbote sei bei den Zustellversuchen auf die neue Betreiberin des A._____, die E._____ GmbH getroffen. Diese sei nicht die korrekte Adressatin der Vorladung, weshalb sie die Annahme verständlicherweise verweigert habe. Da die Annahme nicht von der eigentlichen Adressatin verweigert wurde, liege auch kein Fall von Art 138 Abs. 3 lit. b ZPO vor (act. 2 Rz 5 ff.).

b) Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich nicht, dass der Schuldnerin die Vorladung zugestellt werden konnte. Der genaue Ablauf der (versuchten) Zustellung lässt sich anhand der postalischen Angaben nicht nachvollziehen: Das Konkursgericht verschickte die Sendung am 11. Dezember 2018 mittels Gerichtsurkunde an die im Handelsregister eingetragene Adresse der Schuldnerin (B._____ -Strasse ... in ... Zürich, vgl. act. 5/4). Gemäss Sendungsverfolgung der Post wurde sie nach einem ausgelösten Nachsendungsauftrag (an die Adresse c/o F._____, G._____ -Strasse ... in ... Zürich) am 14. Dezember 2018 einem H._____ (als Empfangsperson der Schuldnerin) am Schalter übergeben. Am 24. Dezember 2018 kam die Sendung indes mit drei Aufklebern je mit dem Vermerk "Annahme verweigert" und dem Aufdruck "RETOUR" an das Konkursgericht zurück. Dieses ging offenbar von einer erfolglosen Zustellung aus und verschickte die Vorladung am 8. Januar 2019 erneut per A-Post (zum Ganzen act. 7/5). Dass die Schuldnerin die A-Post-Sendung erhalten hätte, ist nicht belegt. Das Konkursgericht erachtete die Zustellungsversuche zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post an die Schuldnerin als rechtsgenügend und eröffnete – da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren – den Konkurs (act. 6).

4.a) Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. In der Regel entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches den Parteien gebietet,

sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen 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. Eine Zustellungsfiktion kann demnach nur für ein hängiges bzw. laufendes Verfahren gelten. Die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag indes beim Konkursrichter noch kein hängiges Verfahren mit den genannten prozessualen Pflichten, mithin kein Prozessrechtsverhältnis zu begründen; das konkursrichterliche Verfahren wird vielmehr erst durch das Begehren des Gläubigers um Eröffnung des Konkurses - als neues Verfahren - in die Wege geleitet. Davon abzuweichen besteht kein Anlass (vgl. hierzu BGE 130 III 396).

b) Daraus erhellt, dass die Schuldnerin nicht mit der Zustellung einer Vorladung zur Konkursverhandlung vom 17. Januar 2019 rechnen musste, da die Konkursandrohung vom 26. Oktober 2018 (act. 7/2/2) kein Prozessrechtsverhältnis entstehen liess. Daran ändert nichts, dass die Vorladung an das im Handelsregister aufgeführte Domizil der Schuldnerin verschickt wurde. Nach dem oben Gesagten begründet allein der Eintrag im Handelsregister noch keine prozessuale Pflicht, am registrierten Domizil ungeachtet eines hängigen Verfahrens jederzeit erreichbar zu sein.

Der Umstand, dass die Sendung mit dem Vermerk "Annahme verweigert" retourniert wurde, lässt sich auch nicht als Zustellungsvereitelung nach Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO auslegen. Die Schuldnerin wendet zu Recht ein, dass nicht sie bzw. eine vertretungsberechtigte Person, sondern vielmehr die neuen Besitzer des A._____ die Annahme verweigert hätten (act. 2 Rz 3 und 7). Zwar geben die Akten keinen Aufschluss über den eigentlichen Verkauf des Restaurants durch die Schuldnerin. Wie dargelegt wurde aber die an die Schuldnerin adressierte Post an das F._____ an der G._____ -Strasse umgeleitet. Im eingereichten Internetauszug des LinkedIn-Profiles der E._____ GmbH erscheint nebst den beiden Restaurants F._____ auch das A._____ (act. 5/6). Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass letzteres und die Restaurants F._____ aktuell von der

gleichen Betreiberin, der E. _____ GmbH, geführt werden, zumal die Schuldnerin soweit ersichtlich mit den Restaurants F. _____ nichts zu tun hat. Ferner wurden offenbar sowohl der Zahlungsbefehl als auch die Konkursandrohung rechtshilfweise und damit wohl nicht an das Domizil der Schuldnerin im Betreibungskreis Zürich 5 zugestellt (act. 7/2/1-2 je Seite 2). Die E. _____ GmbH war aber nicht die Adressatin der Vorladung und deshalb nicht zu deren Empfang gehalten. Die Schuldnerin hingegen hat demnach keine Vorladung zur Konkursverhandlung erhalten.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Handelsregisteramt von Amtes wegen das Notwendige vorzukehren hat, wenn das bei einer Aktiengesellschaft zwingend einzutragende Domizil nicht mehr den Tatsachen entspricht (Art. 152 Abs. 1 lit. b und Art. 153a HRegV i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. c und Art. 117 Abs. 2 und 3 HRegV). Entsprechend wies der Vorsitzende der Kammer das Handelsregisteramt mit Schreiben vom 21. Februar 2019 darauf hin, dass die Schuldnerin an ihrem Domizil keine Post mehr entgegen nimmt (act. 10).

c) Mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses kann somit nicht gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO präsumiert werden, die Vorladung gelte als zugestellt. Indem das Konkursgericht die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz ist nicht möglich.

An sich wäre die Sache demnach an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorlädt und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin entscheidet. Hiervon kann indes vorliegend abgesehen werden, da die Konkursforderung wie eingangs erwähnt einschliesslich Zinsen und Kosten beglichen wurde (act. 5/7). Ebenso wurden die Kosten des Konkursamts sichergestellt (act. 5/8). Damit besteht nunmehr der Konkurshindernisgrund der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG.

d) Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet, und es ist die Konkursöffnung aufzuheben, ohne dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG geprüft werden müsste.

5. Die erstinstanzlichen Kosten sind der Schuldnerin aufzuerlegen, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Auch die Kosten des Konkursamts Aussersihl-Zürich sind auf die Staatskasse zu nehmen (OGer ZH PS170032 vom 15. Februar 2017). Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. Art. 107 N 13 m.w.H.).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Januar 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die aus dem Kostenvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamts Aussersihl-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 4'554.80 der Gläubigerin auszuzahlen.

6. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin und Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 800.– auszuführen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 5, 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:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:
15. März 2019