

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 7. Mai 2021

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwalt MLaw X2._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____ und / oder Rechtsanwalt MLaw Y2._____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. März 2021 (EK210018)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Eingabe vom 25. Januar 2021 beantragte die Gläubigerin beim Konkursgericht Meilen (Vorinstanz), es sei über die Schuldnerin der Konkurs zu eröffnen für eine Forderung von Fr. 2'003'645.14 inkl. Zins bis zum Konkursbegehren. Sie bezeichnete dabei Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwalt MLaw X2. _____ als Vertreter der Schuldnerin (act. 10/1).

1.2. Mit Verfügung vom 27. Januar 2021 setzte die Vorinstanz der Gläubigerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Konkursverfahren an (act. 10/7). Gleichzeitig lud sie auf den 10. März 2021 zur Konkursverhandlung vor (act. 10/6). Sowohl in der Vorladung als auch in der Verfügung wurde aufgeführt, die Schuldnerin sei "angeblich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwalt MLaw X2. _____" (vgl. act. 10/6-7). Die beiden Dokumente wurden an die Schuldnerin persönlich versandt und an ihrer Domiciladresse von Dr. C. _____ (einziges Mitglied des Verwaltungsrates) entgegen genommen (act. 10/8/1). Zur Konkursverhandlung erschien einzig der Rechtsvertreter der Gläubigerin (act. 10/10A). Mit Urteil vom 10. März 2021 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über die Schuldnerin (act. 9 [= act. 3 = act. 10/10]). Der Entscheid wurde mit derselben Bezeichnung der Vertretungsverhältnisse an die Schuldnerin persönlich zugestellt (act. 10/12/3).

1.3. Mit am 25. März 2021 überbrachter Beschwerde vom 22. März 2021 stellten Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und Rechtsanwalt MLaw X2. _____ als Rechtsvertreter der Schuldnerin die folgenden Anträge (act. 2):

- " 1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgericht Meilen vom 10. März 2021, 09.15 Uhr im Verfahren mit Geschäfts-Nr. EK210018-G nichtig sei;
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgericht Meilen vom 10. März 2021, 09.15 Uhr im Verfahren mit Geschäfts-Nr. EK210018-G aufzuheben;
3. Es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

prozessualer Antrag:

"Es sei das Notariat, Grundbuch- und Konkursamt ...-Zürich, ... [Adresse] ohne deren Anhörung anzuweisen, sämtliche konkursamtliche Handlungen zu sistieren, bis über die Hauptanträge gemäss Ziffer 1, 2 und 3 entschieden worden sei."

Zur Begründung machen sie im Wesentlichen geltend, es sei nicht gehörig zur Konkursverhandlung vorgeladen worden: Die Zustellung der Vorladung hätte an die Rechtsvertretung und nicht an die Schuldnerin persönlich erfolgen müssen (vgl. act. 2). Mit Eingabe gleichen Datums reichten die Rechtsvertreter der Schuldnerin bei der Vorinstanz ein Fristwiederherstellungsgesuch ein mit dem Antrag, es sei erneut zur Konkursverhandlung vorzuladen (act. 10/14). Die Vorinstanz wies dieses ab (act. 10/19).

1.4. Mit Verfügung vom 26. März 2021 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt; der Schuldnerin wurde zudem eine Nachfrist angesetzt, um eine aktuelle Vollmacht für ihre Rechtsvertreter einzureichen (act. 11). Nach Eingang der Vollmacht (act. 13-14) sowie der beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 10/1-19) wurde der Gläubigerin mit Verfügung vom 9. April 2021 Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 15). Die Beschwerdeantwort ging rechtzeitig ein (act. 16-17). Die Gläubigerin beantragt die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Schuldnerin, eventualiter zulasten des Kantons (act. 17 S. 2). Das Verfahren ist spruchreif. Der Schuldnerin ist das Doppel der Beschwerdeantwort mit dem vorliegenden Entscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2.

2.1. Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Eingabe muss am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen bzw. konsularischen Vertretung übergeben worden sein (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

Der angefochtene Entscheid wurde der Schuldnerin persönlich am 11. März 2021 zugestellt (act. 10/12/3). Stellte man auf diese Zustellung ab, wäre die Beschwerdefrist am Montag, 22. März 2021 abgelaufen. Die Schuldnerin belegt, dass die Beschwerdeeingabe an diesem Datum zu Händen des Obergerichts bei der Post aufgegeben wurde. Gemäss Auskunft der Post wurde die Sendung an den Absender retourniert, da sie beschädigt gewesen sei (act. 6; act. 7/1-4), worauf die Schuldnerin dem Obergericht die (mit der retournierten Eingabe identische [vgl. act. 7/6]) Beschwerde am 25. März 2021 überbrachte (act. 2). Unter diesen Umständen wäre die Postaufgabe als fristwährend zu betrachten. Wie nachfolgend ausgeführt, war die Zustellung an die Schuldnerin persönlich überdies nicht rechtswirksam (vgl. E. 2.3. f.). Auch die Publikation im SHAB stellt keine förmliche und damit fristauslösende Zustellung dar (vgl. Art. 138 ZPO). Der Rechtsvertretung wurde der Entscheid zusammen mit den übrigen Akten erst am 17. März 2021 übergeben (act. 10/13). Die dem Obergericht am 25. März 2021 überbrachte Beschwerde erfolgte auch deshalb rechtzeitig.

2.2. Mit der Beschwerde können unter anderem auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie z.B. die nicht oder nicht richtig erfolgte Vorladung zur Verhandlung des Konkursgerichts – gerügt werden (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7).

2.3. Die Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Ist eine Partei vertreten, so erfolgt die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden an die Vertretung (Art. 137 ZPO). Die Parteien und ihre Vertretung dürfen sich darauf verlassen, dass das Gericht sich an diese Bestimmung hält. Ist eine Zustellung fälschlicherweise nicht an die Vertretung, sondern an die Partei selbst erfolgt, dürfen der vertretenen Partei daraus keine Nachteile erwachsen. Die (ausschliessliche) Zustellung an die vertretene Partei ist daher wirkungslos. Sie kann insbesondere keine Säumnisfolgen auslösen; auch Rechtsmittelfristen beginnen nicht zu laufen. Handelt es sich um die Vorladung zu einer Verhandlung, kann nicht gültig verhandelt werden; die Zustellung muss wiederholt werden. Es ist nicht Pflicht der Partei, dafür zu sorgen, dass ihr Vertreter

von der Vorladung Kenntnis erhält (vgl. insb. ZR 113/2014 Nr. 43 S. 136 f.; ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 137 N 3; LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 137 N 22). Für die Frage, an wen die Zustellung erfolgen muss, sind die Kenntnisse des Gerichts im Zeitpunkt des Versandes der Urkunde massgebend. Wurde das Vertretungsverhältnis dem Gericht noch nicht bekannt gegeben, gelten Zustellungen an die Partei persönlich als gehörig erfolgt. Diesfalls ist es Sache der Partei, dafür besorgt zu sein, dass die Vertretung über den Stand des Verfahrens und über allenfalls laufende Fristen oder bestehende Vorladungen informiert wird (BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 137 N 23; LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 137 N 6). Die Berufung auf einen Formmangel findet ihre Grenze ferner im Grundsatz von Treu und Glauben. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Partei tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt wurde. Dies wäre etwa zu verneinen, wenn trotz mangelhafter Zustellung sowohl die Partei als auch ihre Vertretung rechtzeitig von der Vorladung Kenntnis erhielten und vorbereitet zum Gerichtstermin erscheinen konnten (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 138 N 27; LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 137 N 23).

2.4. Wie erwähnt wurde die Vorladung zur Konkursverhandlung wie auch der Konkursentscheid nur der Schuldnerin persönlich zugestellt (act. 10/8/1; act. 10/12/3). Umstritten ist, ob diese Zustellung genügend war.

2.4.1. Gemäss der Schuldnerin ist das Vertretungsverhältnis der Vorinstanz bereits durch das vorgelagerte Rechtsöffnungsverfahren bekannt gewesen. Auch im Konkursbegehren seien die Rechtsvertreter der Schuldnerin von der Gläubigerin ausdrücklich bezeichnet worden. Die Vorinstanz habe die Vertretung im Konkursverfahren denn auch korrekt vermerkt (act. 2 Rz. 52-53). Der Verwaltungsrat der Schuldnerin sei bei Entgegennahme der Sendungen berechtigterweise davon ausgegangen, die Rechtsvertretung sei separat über das Konkursverfahren informiert worden und habe die gerichtliche Korrespondenz deshalb nicht weiter geleitet. Da er angenommen habe, die Korrespondenz gehe – wie gesetzlich vorgesehen – auch an die Rechtsvertretung, habe er nicht an der Konkursverhandlung teilgenommen. Die Rechtsvertreter der Schuldnerin hätten indessen mangels

Kenntnis vom Verhandlungstermin ebenfalls nicht teilnehmen können (act. 2 Rz. 27-29).

2.4.2. Die Gläubigerin bringt dagegen vor, die Rechtsvertreter hätten erst nach Abschluss des Rechtsöffnungsverfahrens vor Vorinstanz Akteneinsicht verlangt, wobei sie eine Vollmacht betreffend "Definitive Rechtsöffnung" vorgelegt hätten. Daraus habe sich kein Vertretungsverhältnis für das Konkursöffnungsverfahren ergeben. Dieses sei ferner keine Fortsetzung des mit dem Rechtsöffnungsverfahren begründeten Prozessrechtsverhältnisses. Das Gericht sei nicht gehalten, bei jedem neuen Verfahren zu prüfen, ob die beklagte Partei bereits einmal in ein Verfahren involviert und dort vertreten gewesen sei. Auch aufgrund der Nennung der Rechtsanwälte im Konkursbegehren könne nicht von einem bekannten Vertretungsverhältnis ausgegangen werden. Diese Angabe basiere naturgemäss auf einer Vermutung der gesuchstellenden Partei. Ob tatsächlich eine Mandatierung bestehe, sei dieser in der Regel nicht bekannt. Es sei vielmehr Aufgabe der vertretenen Prozesspartei, dem Gericht die Vertretung anzuzeigen (act. 17 S. 2 ff.).

2.4.3. Der Gläubigerin ist zuzustimmen, dass das Gericht nicht ein Vertretungsverhältnis annehmen muss, weil eine Partei in einem früheren Verfahren vertreten war. Mit der im Rechtsöffnungsverfahren eingereichten Vollmacht, welche sich auch nur auf dieses bezog (act. 10/11), wurde der Vorinstanz keine Vertretung der Schuldnerin im Konkursverfahren angezeigt. Im Konkursbegehren hatte die Gläubigerin das (mutmassliche) Vertretungsverhältnis korrekterweise angegeben. Diese Angabe allein genügte zwar nicht, damit die Vorinstanz Zustellungen an die angegebene Vertretung vornehmen musste. Will sich eine Partei im Prozess vertreten lassen, hat sich der Vertreter beim Gericht zunächst durch eine aktuelle bzw. prozessbezogene Vollmacht auszuweisen (Art. 68 Abs. 3 ZPO; OGer ZH PS200245 vom 5. Januar 2021 E. 2.1.). Eine solche lag der Vorinstanz in Bezug auf das Konkursöffnungsverfahren noch nicht vor. Nachdem jedoch von der Gläubigerin auf ein wahrscheinliches Vertretungsverhältnis hingewiesen worden war, hätte die Vorinstanz aber bei der Schuldnerin abklären müssen, ob sie im Konkursverfahren tatsächlich vertreten wird und gegebenenfalls Frist ansetzen müssen, um eine entsprechende Vollmacht einzureichen (vgl. BK ZPO-NINA J.

FREI, Band I 2012, Art. 137 N 9). Etwas anderes lässt sich auch nicht aus den von der Gläubigerin genannten Erwägungen des Obergerichts Schaffhausen in BGer 5A_810/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 2.1. ableiten (act. 17 S. 4 ff.), da der im damaligen Entscheid zu beurteilende Sachverhalt im wesentlichen Punkt von der im vorliegenden Verfahren vorliegenden Konstellation abweicht. Jedenfalls muss das Gesagte dann gelten, wenn das Vertretungsverhältnis - wenn auch mit dem Vermerk "angeblich" - im Rubrum erwähnt wird (vgl. nachfolgend 2.4.4).

2.4.4. Die Vorinstanz nahm die Schuldnerin im Konkursverfahren als "angeblich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwalt MLaw X2. _____" auf. Sie stellte der Schuldnerin die verfahrenseinleitende Verfügung vom 27. Januar 2021, die Vorladung zur Konkursverhandlung und den Konkursentscheid mit dem jeweils so lautenden Rubrum zu, ohne darauf hinzuweisen, dass das Vertretungsverhältnis von der Schuldnerin noch bestätigt werden müsse bzw. eine Vollmacht einzureichen sei (vgl. act. 9; act. 10/6-7). Für eine nicht rechtskundige Partei ist bei diesem Vorgehen nicht klar, dass das Gericht eine entsprechende Mitteilung von ihr erwartet, bevor es das bereits aufgenommene Vertretungsverhältnis tatsächlich berücksichtigt und die gerichtliche Korrespondenz auch an ihre Vertretung versendet. Mangels anderslautendem Hinweis durfte sich das Mitglied des Verwaltungsrates der Schuldnerin bei Entgegennahme der gerichtlichen Korrespondenz daher darauf verlassen, dass die Vorinstanz das Vertretungsverhältnis beachtet und auch eine Zustellung an die aufgeführte "angebliche" Rechtsvertretung vornimmt bzw. zumindest bei dieser nachfragt. So wird nach der Rechtsprechung eine beklagte Partei etwa auch dann geschützt, wenn es die Schlichtungsbehörde oder die klagende Partei versäumt, das bekannte Vertretungsverhältnis in der Klagebewilligung oder der Klageschrift zu nennen, und die beklagte Partei in der Folge nicht bemerkt, dass die Zustellung ihrem Vertreter nicht zugegangen ist (ZR 113/2014 Nr. 43 S. 136 f.). Dies muss auch in dieser Konstellation gelten. Die Vorinstanz schuf mit der Aufnahme der "angeblichen" Vertretung im Rubrum eine klärungsbedürftige Unklarheit, die sich nicht zulasten der Partei auswirken darf. Anders dürfte es sich verhalten, wenn die Vorinstanz davon abgesehen hätte, die erst von der Gläubigerin erwähnte "angebliche" Vertretung der Schuldnerin (die zu diesem Zeitpunkt wie gesehen

noch nicht als Vertretung bestellt war im Sinne des Art. 137 ZPO) überhaupt im Rubrum der Vorladung zu erwähnen; dann hätte der Schuldnerin wohl klar sein müssen, dass keine Zustellung an die Vertretung erfolgt – diese Frage ist indes hier nicht abschliessend zu klären.

Es bestehen ferner keine Hinweise für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Schuldnerin. Die angerufene Zustellvorschrift dient dazu, dass sich eine Partei bei Bestehen einer Rechtsvertretung darauf verlassen kann, das Gericht lasse diesem die massgeblichen Urkunden zukommen. Wie erwähnt, ist es nicht Pflicht der Partei, dafür zu sorgen, dass ihre Vertretung von einer Vorladung Kenntnis erhält. Gerade bei einer Aktiengesellschaft wie der Schuldnerin ist es zudem durchaus gebräuchlich, dass gerichtliche Angelegenheiten vollumfänglich einem Rechtsvertreter überlassen werden. Auch bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin die unterbliebene Zustellung an die Rechtsvertreter bemerkt hätte oder dass die Rechtsvertreter von den Sendungen des Gerichts Kenntnis erhalten und so an der Verhandlung hätten teilnehmen können.

2.5. Demnach wurde die Schuldnerin nicht korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen, was der Konkurseröffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. Die Sache ist zur Neuansetzung resp. Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

3.

3.1. Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten der Parteien veranlasst wurde, sind die daraus entstandenen Gerichtskosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

3.2. Die Gläubigerin beantragt dies auch für die Parteientschädigung (vgl. act. 17 S. 2 und S. 6 f.). Dafür fehlt eine entsprechende Rechtsgrundlage. Gestützt auf Art. 106 Abs. 2 ZPO ist die Parteientschädigung nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen. Das Obsiegen und Unterliegen bemisst sich dabei grundsätzlich einzig an den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei. Nach der Recht-

sprechung des Bundesgerichts trägt die Gegenpartei im Falle ihres Unterliegens somit das Kostenrisiko, auch wenn sie den vorinstanzlichen Entscheid nicht zu vertreten hat. Eine Ausnahme wird nur dann gemacht, wenn ein gravierender, vom Rechtsmittelbeklagten nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler (Justizpanne) zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und der Rechtsmittelbeklagte entweder (auch) die Gutheissung des Rechtsmittels beantragt oder sich eines Antrags enthalten hat (vgl. BGer 5A_280/2018 vom 21. September 2018 E. 7; BGer 5A_932/2016 vom 24. Juli 2017 E. 2.2.4. je m.w.H.). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt, da die Gläubigerin die Abweisung der Beschwerde beantragte und sich somit mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifizierte (act. 17 S. 2). Damit wird die Gläubigerin für das Beschwerdeverfahren entschädigungspflichtig. Mit dem Konkursöffnungsgesuch will sie die Befriedigung ihrer Forderung von rund Fr. 2' Mio. und damit einen vermögensrechtlichen Zweck erreichen. Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist allerdings zu beachten, dass sich das Beschwerdeverfahren auf die prozessuale Frage der korrekten Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung beschränkte und dadurch nicht besonders aufwändig oder schwierig war. Die Parteientschädigung ist unter Berücksichtigung dieses Umstandes in Anwendung von § 2, § 4 Abs. 1-2, § 9 und § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV auf Fr. 1'000.– (zuzüglich 7.7 % MwSt.) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. März 2021 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. Die Gläubigerin wird verpflichtet, der Schuldnerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zuzüglich Fr. 77.– (7.7 % MwSt. auf Fr. 1'000.–), also total Fr. 1'077.– zu bezahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin unter Beilage des Doppels von act. 17, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreuungsamtsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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. Kröger

versandt am:
10. Mai 2021