

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 30. April 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw, LL.M. X2. _____

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y1. _____

substituiert durch Rechtsanwalt MLaw Y2. _____

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf
vom 12. März 2024 (EK240006)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf eröffnete mit Urteil vom 12. März 2024 über die Beschwerdeführerin den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 5'600.-- nebst 5 % Zins seit 31. Juli 2023, Fr. 5'600.- nebst 5 % Zins seit 31. August 2023 und Fr. 211.90 Betreuungskosten (act. 8). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 25. März 2024 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 3. April 2024 entsprochen (act. 10). Gleichzeitig wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. Innert Frist wurde der Kostenvorschuss geleistet und die Beschwerdeantwort erstattet (act. 11-13).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Entsprechend und der Systematik folgend hat das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe aber vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen, sofern entsprechende Rügen vorgebracht werden (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 7).

3.1. Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Beschwerde im Wesentlichen geltend, sie sei nicht gehörig zur vorinstanzlichen Konkursverhandlung vorgeladen

worden, und rügt dementsprechend eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Gemäss der Sendungsnachverfolgung der Schweizerischen Post sei die Vorladung für die auf den 12. März 2024 verschobene Konkursverhandlung an der C.____-gasse 1 in D.____ von einer Person mit dem Namen "E.____" entgegengenommen worden. Eine Person mit diesem Namen sei weder der Beschwerdeführerin noch ihren Organen bekannt. In keinem Fall sei diese Person ein Mitarbeiter der Beschwerdeführerin noch sonst wie mit der Beschwerdeführerin und/oder einem ihrer Organe verbunden. In der Folge habe sie mangels Kenntnis von der Konkursverhandlung an dieser nicht teilnehmen können (act. 2 S. 7 ff.).

3.2. Dagegen bringt die Beschwerdegegnerin zusammengefasst vor, bezüglich der Zustellung habe ein Telefonat zwischen dem Betreibungs- und Konkursamt Rümlang-Oberglatt mit dem Direktor der Beschwerdeführerin, F.____, stattgefunden. Spätestens ab diesem Zeitpunkt habe die Beschwerdeführerin Kenntnis vom hängigen Verfahren betreffend Konkursöffnung gehabt und F.____ habe seine persönliche Wohnadresse (C.____-gasse 1, D.____) bekannt gegeben. Es entziehe sich ihrer Kenntnis, wer E.____ sei und in welcher Beziehung er zu F.____ stehe. Es werde aber bestritten, dass F.____ diese Person nicht kenne. E.____ habe sich gegenüber dem Postbeamten als Bevollmächtigter von F.____ ausgewiesen, ansonsten der Postbeamte die Zustellung nicht vorgenommen hätte. Denn die Post sei verpflichtet, neben Namen und Unterschrift des Empfängers oder der entgegennehmenden Person auch die Beziehung zum Empfänger zu klären und in der Empfangsbestätigung festzuhalten. Deshalb sei von einer Ermächtigung von E.____ zur Entgegennahme der Postsendungen für F.____ auszugehen (act. 13 S. 6 f.).

3.3. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheidungen 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. 2 ZPO ist auf diese Weise auch eine sog. Ersatzzustellung an eine angestellte oder im gleichen Haushalt lebende mindestens 16 Jahre alte Person

möglich, solange das Gericht keine persönliche Zustellung verlangt. Angesichts der klaren Regelung muss entgegen der Bestimmung der allg. Geschäftsbedingungen der Post (AGB Post), dass zur Entgegennahme sämtliche im selben Wohn- und Geschäftsdomizil anzutreffende Personen berechtigt seien, zumindest für eingeschriebene Sendungen und Gerichtsurkunden die Anwendung der AGB Post versagt bleiben (LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 138 N 38; vgl. Allgemeine Geschäftsbedingungen «Postdienstleistungen» [AGB Post], Ausgabe Januar 2024 [<https://www.post.ch/post-startseite/post-agb.htm>, zuletzt besucht am 17. April 2024], Ziff. 2.5.5). In der Folge darf ein Konkursgericht im Falle einer misslungenen postalischen Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung die Konkurseröffnung erst aussprechen, wenn die Vorladung zur Konkursverhandlung dem Schuldner durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtswibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte. Andernfalls würde der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führen müsste, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (BSK SchKG II-NORDMANN, 3. Aufl. 2021, Art. 168 N 15; BGE 138 III 225 E. 3.3).

3.4. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 9/1-11) ist ersichtlich, dass keine gerichtlichen Zustellungen an die Beschwerdeführerin an die im Handelsregister eingetragene Adresse (G.____-strasse 1, H.____) erfolgen konnten (act. 9/4-6). In dieser Hinsicht ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass sie grundsätzlich am im Handelsregister eingetragenen Rechtsdomizil erreichbar sein muss, andernfalls ihr (auch deswegen) die Auflösung drohen kann (Art. 2 lit. b, Art. 117 Abs. 2 und Art. 153 Abs. 3 HRegV sowie Art. 939 Abs. 2 und Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR). Das mit der Zustellung beauftragte Gemeindeamann- und Betreibungsamt Rümlang-Oberglatt nahm mangels Erreichbarkeit am Geschäftsdomizil im vorliegenden Fall mit dem Direktor der Beschwerdeführerin (F.____) telefonisch Kontakt auf und teilte in der Folge der Vorinstanz die private Adresse von F.____ als Zustelladresse mit (act. 9/6). Dementsprechend wurde die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 12. März 2024 der Beschwerdeführe-

rin rechtmässig an die Privatadresse von F._____, C._____-gasse 1 in D._____, geschickt (act. 9/7). An dieser Adresse konnte die Sendung gemäss den Sendungsinformationen der Post am 1. März 2024 zugestellt werden, wobei sie von einer Person mit dem Namen "E._____" entgegengenommen wurde (act. 9/7). Die Beschwerdeführerin behauptet nun, diese Person sei weder ihr noch ihren Organen bekannt, sie sei nicht von der Beschwerdeführerin angestellt, würde nicht bei F._____ an der genannten Adresse wohnen und sei zur Entgegennahme von Gerichtsurkunden nicht bevollmächtigt (vgl. E. 3.1 vorstehend). Das ist zunächst eine blosser Behauptung. Nach einem allgemeinen Grundsatz im Verfahrensrecht muss indes das Gericht den Beweis für seine Zustellungen sicherstellen und es genügt als Gegenbeweis, wenn die Überzeugungskraft des vorliegenden Beweises erschüttert wird. Dann bleibt es bei Beweislosigkeit und die Zustellung ist nicht erstellt (OGer ZH NP160032, Urteil vom 6. Februar 2017, E. 2.2; OGer ZH PS170070, Urteil vom 10. April 2017, E. 3.3; OGer ZH NP150016, Beschluss vom 29. Juli 2015, E. 2.1).

Bei der Liegenschaft an der C._____-gasse 1 in D._____ handelt es sich um ein Mehrparteienhaus und in der Wohnung von F._____ sind gemäss Auskunft der Einwohnerdienste D._____ keine weiteren Personen gemeldet (act. 16). Zudem ergibt eine schlichte Google-Abfrage, dass an derselben Adresse auch eine Aktiengesellschaft domiziliert ist (I._____ AG). Es ist daher nicht auszuschliessen, dass der Postbote die Sendung für die A._____ AG bei Nichtantreffen von F._____ entsprechend den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post an eine andere Person in der Liegenschaft übergeben hat. Diesfalls läge nach dem Gesagten keine Ersatzzustellung an eine zum Empfang berechnigte Person im Sinne von Art. 138 Abs. 2 ZPO vor. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin ist vorliegend davon auszugehen, zumal keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beschwerdeführerin solche Behauptungen systematisch in rechtsmissbräuchlicher Absicht erhebt, oder dass E._____ im gleichen Haushalt wie F._____ wohnt oder ein Anstellungsverhältnis besteht. Auch die Beschwerdegegnerin brachte nichts dergleichen vor (vgl. act. 13). Alleine der Umstand, dass der Postbote den Vermerk "Bevollmächtigter" angebracht hat, reicht zum Beweis nicht aus. Es handelt sich nicht um eine rechtlich verbindliche Feststellung und es kann ebenfalls nicht

ausgeschlossen werden, dass es sich dabei um einen Fehler handelt (vgl. OGer ZH NP160032, Urteil vom 6. Februar 2017, E. 2.2). Die Beschwerdeführerin wurde somit nicht gehörig zur Konkursverhandlung vorgeladen. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin in anderer Hinsicht konkrete Kenntnis von der Konkursverhandlung erlangt hätte. Das Telefonat zwischen dem Gemeindeammann- und Betreibungsamt Rümlang-Oberglatt und F._____ bezog sich jedenfalls nur auf die Zustellung und hatte nicht den Inhalt der Sendung zum Gegenstand (vgl. act. 9/6).

3.5. Demgemäss ist in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Entscheid aus dem genannten formellen Grund aufzuheben, und die Sache ist zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

4. Die Prozesskosten für das Beschwerdeverfahren, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, werden gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Von diesem Verteilungsgrundsatz kann jedoch abgewichen und die Prozesskosten können nach Ermessen verteilt werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine solche Verteilung als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Vorliegend rechtfertigt es sich, auf die Erhebung von Gerichtskosten im Beschwerdeverfahren auf Grund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers zu verzichten. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (ADRIAN URWYLER/MYRIAM GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 107 N 13 m.w.H.).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 12. März 2024 aufgehoben.

2. Das Verfahren wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zum neuen Entscheid an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf zurückgewiesen.
3. Die Kosten fallen ausser Ansatz.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Niederglatt, im Urteilsdispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rümlang-Oberglatt, 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 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. K. Houweling-Wili

versandt am:
2. Mai 2024