

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120208-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 6. Dezember 2012

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Sammelstiftung BVG der B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 25. Oktober 2012 (EK121538)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 25. Oktober 2012, 10.00 Uhr, über die Schuldnerin den Konkurs (act. 3 = act. 7/5). Das Urteil wurde ihr am 30. Oktober 2012 zugestellt (act. 7/7). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 6. November 2012 liess die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 2 S. 2). Sie belegte, am 5. November 2012 bei der Schweizerischen Post zugunsten der B._____ AG, den Betrag von Fr. 7'267.65 einbezahlt (Konkursforderung Fr. 8'750.15 zzgl. Zins zu 4,5% vom 1. Januar 2012 bis zur Konkursöffnung am 25. Oktober 2012 sowie Fr. 500.-- Umtriebsspesen und Fr. 173.-- Betreuungskosten [inkl. Kosten der Konkursandrohung] abzüglich Teilzahlung von Fr. 2'500.--; act. 2 S. 12; act. 3; act. 5/16) und gleichentags die Konkurskosten sichergestellt zu haben (act. 5/17 und act. 8). Überdies leistete sie den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren in Höhe von Fr. 750.-- (act. 5/18). Mit Präsidialverfügung vom 18. November 2012 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

2. Die Schuldnerin liess u.a. ausführen, die Konkursandrohung sei ihr nicht rechtsgenügend zugestellt worden. Von der Vorladung zur Konkursverhandlung habe sie keine Kenntnis gehabt und erst mit Zustellung des Konkursöffnungsurteils vom bestehenden Konkurs erfahren. Aus der Sendungsinformation der Post gehe hervor, dass die Vorladung zunächst aufgrund der von der Schuldnerin erteilten Postumleitung von der Poststelle 1 an die aktuelle Poststelle 2 weitergeleitet worden sei. Da die Zustellung am 1. Oktober 2012 erfolglos gewesen und die Vorladung von der Schuldnerin bei der Poststelle auch nicht abgeholt worden sei, sei diese an den Absender retourniert worden. Die Unterschrift auf der Empfangsbestätigung stamme folglich von einem Mitarbeiter resp. Kurier des Absenders, der die von der Post zurückgesandte Vorladung entgegen genommen habe und nicht von einem Mitarbeiter der Schuldnerin. So sei ihr weder der unterzeichnende C._____ bekannt, noch verfüge sie über ein Postfach. Ausserdem

deute die frühe Erfassungszeit, 06:42 Uhr, darauf hin, dass es sich nicht um eine Zustellung bei der Schuldnerin handeln könne. Eine zweite Zustellung sei nicht erfolgt, auch nicht per A-Post. Das angefochtene Urteil sei ergangen, ohne dass die Schuldnerin von ihrem rechtlichen Gehör habe Gebrauch machen und so den Konkurs durch Zahlung der in Betreuung gesetzten Forderung vor Erlass des Konkurseröffnungsurteils habe verhindern können (act. 2 S. 3 f. und 6 f.).

3.1 Aus den vorinstanzlichen Akten ist ersichtlich, dass die Aufgabe der Vorladung an die Schuldnerin am 28. September 2012 von der Poststelle 3 an die Adresse D.____-Strasse ..., ... E.____, erfolgte. Die Gerichtsurkunde wurde zufolge eines Nachsendungsauftrages an die F.____-Strasse ... in E.____ weitergeleitet (vgl. act. 7/4 Couvert) und nach gescheiterter Zustellung an die Schuldnerin am 1. Oktober 2012 zur Abholung bei der Poststelle 2 gemeldet. Nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist bzw. am 9. Oktober 2012 wurde die Gerichtsurkunde mit dem Vermerk der Post „Nicht abgeholt“ an die Vorinstanz (Poststelle 3) retourniert, wo sie am 10. Oktober 2012, 06:42 Uhr, via Postfach zugestellt wurde (act. 7/4). Aus der Sendungsverfolgung bzw. dem dargelegten Ablauf ergibt sich somit ohne Weiteres, dass es sich entgegen den Angaben auf der Empfangsbestätigung beim unterzeichnenden Empfänger C.____ nicht um einen Bevollmächtigten der Schuldnerin handeln kann (act. 7/4), sondern wie diese zu Recht moniert, allenfalls um einen Mitarbeiter oder Kurier des Absenders, welcher die retournierte Vorladung entgegen genommen hat. Gemäss Vermerk auf dem retournierten Couvert wurde der Schuldnerin die Vorladung am 10. Oktober 2012 per A-Post zugesandt. Ob sie diese erhalten hat, ist nicht ersichtlich. Sie selbst bestreitet das (act. 2 S. 7).

Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich somit nicht, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden konnte. Der Vorderrichter erachtete die erfolgten Zustellversuche an die Schuldnerin zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post offenbar als rechtsgenügend und eröffnete - da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren - den Konkurs (act. 3).

3.2 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. Nach ständiger Praxis der Kammer (ZR 104 Nr. 43) vermag indes die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt 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).

3.3 Da die Schuldnerin mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, kann auch nicht gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO präsumiert werden, die Vorladung gelte als zugestellt. Indem der Vorderrichter die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. An sich wäre die Sache zu erneuter Vorladung zur Konkursverhandlung und zur neuen Entscheidung an den Konkursrichter zurückzuweisen. Davon kann indes abgesehen werden, weil die Schuldnerin - wie eingangs erwähnt - die der Konkursöffnung zugrundeliegende Forderung samt Zinsen und Kosten getilgt (act. 5/16) und auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes mit einem Barvorschuss sichergestellt hat (act. 5/17). Somit ist der Konkursverhinderungsgrund der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG gegeben. Bei dieser Sachlage ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die dem Konkursbegehren zu Grunde liegende Schuld bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters getilgt hätte. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

4. 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. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 107 ZPO m.w.H.).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Oktober 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.-- wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt G._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'200.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt G._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt H._____, 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 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. D. Tolic

versandt am: