

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

## Urteil vom 9. April 2013

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. März 2013 (EK130302)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 21. März 2013 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 8/6 = act. 3). Mit Beschwerde vom 2. April 2013 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung bzw. Verletzung des rechtlichen Gehörs (keine Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung) und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 5. April 2013 entsprochen (act. 9). Ferner leistete die Beschwerdeführerin bereits am 2. April 2013 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/8).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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 seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, 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 (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7).

3. Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Beschwerde darauf hin, dass sie keine Kenntnis von der vorinstanzlichen Konkursverhandlung erhalten habe (act. 2 S. 3 ff.). Überdies macht sie geltend, sie habe die Konkursforderung inklu-

sive Zinsen und Kosten zuhanden der Beschwerdegegnerin hinterlegt (act. 2 S. 5 f., act. 5/8). Im Weiteren habe sie mit Zahlung vom 28. März 2013 beim Konkursamt C.\_\_\_\_\_ zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens Fr. 800.– sichergestellt (act. 5/6).

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

4.2 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 8) ergibt sich, dass die Gerichtsurkunde des ersten und einzigen Zustellungsversuchs für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 21. März 2013, 10.00 Uhr, an die im Handelsregister eingetragene Zürcher Firmenadresse der Beschwerdeführerin adressiert, am 22. Februar 2013 der Post übergeben wurde (act. 8/3-4). Die Gerichtsurkunde wurde in der Folge aufgrund eines Zurückbehaltungsauftrages der Beschwerdeführerin von der Poststelle zurückbehalten und konnte nie zugestellt werden (vgl. act. 8/4).

4.3 Die Vorinstanz erachtete den veranlassten Zustellungsversuch als rechtsgenügend und eröffnete den Konkurs, da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren. Damit missachtete sie die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Danach verpflichtet erst ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis die Parteien, dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können. Diese prozessuale Verpflichtung entsteht also erst mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während eines hängigen Verfahrens mit der Zustellung eines behördlichen Akts 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 Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht zu

begründen (ZR 104/2005 Nr. 43, BGE 130 III 396 Erw. 1.2.3). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Demnach wurde die Beschwerdeführerin vorliegend nicht korrekt vorgeladen.

4.4 Insgesamt ergibt sich, dass das Konkursgericht die Konkursöffnung erst hätte aussprechen dürfen, wenn sie der Beschwerdeführerin die Vorladung zur Konkursverhandlung durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtsweweibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zuzustellen versucht bzw. eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO veranlasst hätte. Indem das Konkursgericht die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Beschwerdeführerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV). Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 15).

5. Demgemäss ist die Beschwerde aus den genannten formellen Gründen gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Folgerichtig wäre die Sache sodann an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von diesem Vorgehen kann indes dann abgesehen werden, wenn die Beschwerdeführerin die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) getilgt hat, denn dieser Umstand müsste nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 2 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens führen. Das ist in der Folge zu prüfen. Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist diesfalls zu verzichten, weil der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nur dann nachzuweisen hat, wenn er sich auf einen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin davon aber befreit, weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 12).

6. Die Beschwerdeführerin hat die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten zuhanden der Beschwerdegegnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 5/8). Der hinterlegte Betrag von Fr. 527.75 (vgl. act. 2 S. 5) wird von der Obergerichtskasse der Beschwerdegegnerin ausbezahlt. Damit hat die Beschwerdeführerin aufgezeigt, dass die Schuld gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG getilgt ist bzw. wird, weshalb das Konkursbegehren erstinstanzlich abzuweisen wäre. Ferner hat die Beschwerdeführerin mit der Einzahlung von Fr. 800.– beim Konkursamt C.\_\_\_\_\_ auch dessen Kosten sowie die vorinstanzliche Spruchgebühr beglichen (act. 5/6).

7. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– ist der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Beschwerdegegnerin zu Recht gestellt wurde. Hingegen hätte der Konkurs wie gesehen nicht eröffnet werden dürfen, weshalb der Beschwerdeführerin weder die Kosten des Konkursamts noch die Kosten des Obergerichts auferlegt werden können (vgl. OGer ZH, PS110024 vom 11. März 2011). Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-JENNY, Art. 107 N 26; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 107 N 15).

8. Da im Beschwerdeverfahren keine Partei unterliegt, sind keine Gerichtskosten zu erheben. Der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.– kann deshalb der Beschwerdeführerin zurück bezahlt werden. Ferner hat die Beschwerdeführerin mit der Einzahlung von Fr. 800.– beim Konkursamt C.\_\_\_\_\_ nebst der vorinstanzlichen Spruchgebühr auch dessen Kosten beglichen (act. 5/6). Kosten für das Verfahren des Konkursamts sind allerdings wie ausgeführt nicht zu erheben, weshalb der Beschwerdeführerin die entsprechenden Kosten zu erstatten sind. Beim Konkursamt C.\_\_\_\_\_ liegen also, vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 1'400.– (Fr. 1'800.– von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht als Vorschuss bezahlt, abzüglich Fr. 400.– erstinstanzliche Spruchgebühr für die Konkurseröffnung) sowie Fr. 800.–, welche von der Beschwerdeführerin einbezahlt wurden (act. 5/6). Allerdings hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin den

von dieser im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zu ersetzen (vgl. act. 3). Demnach hat das Konkursamt der Beschwerdeführerin insgesamt Fr. 400.– und der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– auszubezahlen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 21. März 2013, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamts C.\_\_\_\_\_ werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Eine Prozessentschädigung für das Beschwerdeverfahren wird nicht zugesprochen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 3'100.– den Betrag von Fr. 527.75 der Beschwerdegegnerin und den restlichen Betrag von Fr. 2'572.25 der Beschwerdeführerin auszubezahlen.
7. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm insgesamt einbezahlten Betrag von Fr. 2'200.– (Fr. 1'400.– vom Konkursgericht überwiesen und Fr. 800.– von der Beschwerdeführerin einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin Fr. 400.– auszubezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.
9. 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. K. Graf

versandt am: