

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 11. Februar 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 16. Januar 2019 (EK181900)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Gläubigerin stellte mit Eingabe vom 19. November 2018 in der Betreuung Nr. ... ein Konkursbegehren gegen die Schuldnerin (vgl. act. 8/1). Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend Vorinstanz) setzte die Verhandlung auf den 3. Januar 2019 an (vgl. act. 8/4). Die der Schuldnerin an die ... [Adresse], versandte Vorladung zur Verhandlung wurde mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden" von der Post retourniert (vgl. act. 8/9). Daraufhin setzte die Vorinstanz die Verhandlung auf den 16. Januar 2019 an (vgl. act. 8/10). Die Vorladung publizierte sie am 20. Dezember 2018 im SHAB (vgl. act. 8/12). Mit Urteil vom 16. Januar 2019 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 5'940.95 nebst 6% Zins seit 16. Juni 2017 und Betreibungskosten von Fr. 146.60 (= Fr. 6'653.-; vgl. act. 7 [= act. 3 = act. 8/13]). Den Entscheid publizierte die Vorinstanz am 18. Januar 2019 im SHAB (vgl. act. 8/16). Mit Beschwerde vom 28. Januar 2019 (Datum Poststempel) beantragt die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkursdekrets (act. 2). Sie bringt u.a. vor, sie sei nicht gehörig zur Konkursöffnungsverhandlung vorgeladen worden und habe daher vom Konkursverfahren nichts gewusst (vgl. act. 2 S. 4 ff. Rz 7 ff.).

1.2. Mit Verfügung vom 29. Januar 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. act. 9). Obwohl auf die Einforderung eines Kostenvorschusses von der Schuldnerin verzichtet wurde, überwies diese der Obergerichtskasse am 24. Januar 2019 den Betrag von Fr. 750.- (vgl. act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-16). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen (und Entscheiden) erfolgt durch einge-

schriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (vgl. Art. 1 lit. c i.V.m. Art. 138 Abs. 1 ZPO). Sie ist erfolgt, wenn die Sendung von einer in Art. 138 Abs. 2 ZPO berechtigten Person entgegengenommen wurde. Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt wird, gilt gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Die Zustellung der Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht begründet noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit auch keine Pflicht der Schuldnerin, dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Sendungen zugestellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss die Schuldnerin nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (vgl. BGE 138 III 225 E. 3). Die von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO für eingeschriebene Postsendungen statuierte Zustellungsfiktion greift deshalb im vorliegenden Fall nicht.

2.2. Die Zivilprozessordnung sieht in Art. 141 Abs. 1 auch die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt vor, nämlich dann, wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (lit. a), wenn eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b) oder wenn eine Partei mit (Wohn-)Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (lit. c). Die Zustellung gilt am Tag der Publikation als erfolgt (vgl. Art. 141 Abs. 2 ZPO). Der Vorinstanz war die Domiziladresse der Schuldnerin bekannt. Nachdem die Post die Vorladung mit dem erwähnten Vermerk wieder retourniert hatte, erachtete die Vorinstanz die Zustellung offenbar als unmöglich im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO, weshalb sie sich zur öffentlichen Bekanntmachung veranlasst sah. Von einer Unmöglichkeit darf in der Regel erst ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger weder die eingeschriebene Postsendung abholt, noch zuhause persönlich angetroffen werden kann (vgl. KUKO ZPO-WEBER, 2. A., Art. 141 N 2, LUKAS HUBER, DIKE-Komm ZPO, 2. A., Art. 141

N 19.; BSK ZPO-GSCHWEND, 3. A., Art. 141 N 3). Es braucht bei bekannter Adresse drei formelle Versuche auf zwei verschiedenen Wegen damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf (vgl. OGer ZH LF160059 vom 22. Dezember 2016 E. 5. mit Hinweis auf OGer ZH PF150044 vom 2. September 2015 E. 3.3., OGer ZH PS140173 vom 25. Juli 2014 E. 2.2.). Ist die Adresse nicht (mehr) bekannt, müssen die möglichen und zumutbaren Bemühungen zum Ermitteln einer Adresse ausgeschöpft worden sein. Bei einer im Handelsregister eingetragenen Firma kommt etwa die Zustellung an ein Organ in Frage. Auch die Unzumutbarkeit der ordentlichen Zustellung, also wenn diese mit ausserordentlichen zeitlichen, personellen oder finanziellen Umständen verbunden wäre, muss sich konkret abzeichnen. Immerhin darf sich das Gericht in beiden Fällen auf allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen stützen (vgl. OGer ZH PF150044 vom 2. September 2015 E. 3.3. m.w.H.).

Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz nach dem erfolglosen Zustellversuch (noch) nicht zum Mittel der Publikation greifen dürfen. Das hätte vielmehr vorausgesetzt, dass weitere Bemühungen um die Zustellung erfolglos geblieben wären. Hinweise dafür, dass die Unmöglichkeit von Zustellungen an die Schuldnerin allgemein- oder gerichtsnotorisch ist bzw. dass die übrigen ordentlichen Zustellungsarten mit konkreten ausserordentlichen Umtrieben verbunden wären, liegen keine vor, zumal der Schuldnerin sowohl der Zahlungsbefehl als auch die Konkursandrohung zugestellt werden konnten (vgl. act. 8/3/1 und act. 8/3/2). Die Publikation der Vorladung (und des Urteils) erweist sich damit als unzulässig. Die Anzeige der Konkurseröffnungsverhandlung gilt mithin als nicht zugestellt. Der angefochtene Entscheid ist wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben.

2.3. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaliger Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten am 29. Januar 2019 mit Posteinzahlung an die Gläubigerin überwiesen (vgl. Postquittung vom 29. Januar 2019, act. 13). Es rechtfertigt sich, diese Zahlung zur Vermeidung eines unnötigen Leerlaufs zu berücksichtigen (vgl. OGer ZH PS170167

vom 11. August 2017). Zudem hat die Schuldnerin die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts mit Bezahlung von Fr. 1'000.– am 18. Januar 2019 beim Konkursamt Altstetten-Zürich innert Beschwerdefrist sichergestellt. Nach der Bestätigung des Konkursamtes genügt dieser Betrag, um die Kosten des Konkursamts und die erstinstanzliche Entscheidgebühr sicherzustellen (vgl. act. 5/10). Die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und das Konkursbegehren der Gläubigerin abzuweisen.

3.

3.1. Die erstinstanzliche, aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene, Spruchgebühr von Fr. 500.– ist trotz Gutheissung der Beschwerde der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie der Gläubigerin mit ihrer Zahlungssäumnis begründeten Anlass zum Konkursbegehren gegeben hat (vgl. OGer ZH PS110149 vom 23. August 2011 E. 3.).

3.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Der geleistete Vorschuss von Fr. 750.– ist der Schuldnerin daher zu retournieren. Die Kosten des Konkursamtes Altstetten-Zürich sind ebenfalls auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. OGer ZH PS110149 vom 23. August 2011 E. 3.). Parteienschädigungen sind keine auszurichten.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Januar 2019, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird der Schuldnerin auferlegt.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes Altstetten-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Schuldnerin den Kostenvorschuss von Fr. 750.– zu retournieren.
6. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 500.– auszusahlen.
7. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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. O. Canal

versandt am:
11. Februar 2019