

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170066-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Beschluss und Urteil vom 14. März 2017

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Februar 2017 (EK170100)

Erwägungen:

1. Am 22. Februar 2017, 10:00 Uhr, wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 7 [= act. 3 = act. 8/9]). Innert Beschwerdefrist (vgl. act. 8/11) übersandte die Schuldnerin am 7. März 2017 (Datum Poststempel) eine mit "*Wiederherstellungsgesuch eventualiter Beschwerde*" bezeichnete Eingabe an die Kammer und stellte darin folgende Anträge (act. 2 S. 1 f.):

"Es sei der von dem Gesuchsteller/Beschwerdeführer versäumte Termin der Konkurseröffnung zu wiederholen und dem Gesuchsteller/Beschwerdeführer Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben;

Eventualiter sei das Begehren als Beschwerde entgegen zu nehmen und die Konkurseröffnung aufzuheben."

2. Zuständig zur Behandlung eines Wiederherstellungsgesuchs ist jene Instanz, die über die nachzuholende Prozesshandlung zu befinden hätte, wenn die Frist nicht versäumt worden wäre (vgl. etwa Dike Komm ZPO II-Merz, 2. Aufl. 2016, Art. 148 N 37). Die Schuldnerin macht vorliegend geltend, sie habe die Konkursverhandlung vom 22. Februar 2017, 10:00 Uhr, unverschuldet versäumt; mithin betrifft das Wiederherstellungsgesuch einen vor Vorinstanz versäumten Termin. Damit ist die Kammer zur Behandlung des von der Schuldnerin gestellten Wiederherstellungsgesuchs nicht zuständig, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

3.1 Zur Begründung ihres Eventualbegehrens, wonach die Eingabe als Beschwerde entgegen zu nehmen sei, führt die Schuldnerin insbesondere aus, dass ihr die Vorladung zur Verhandlung vom 22. Februar 2017 nicht ordnungsgemäss eröffnet worden sei (act. 2 S. 2 ff.).

3.2 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. Mit der Beschwerde können aber auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt werden. Diese sind von der

Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7). 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 *ingeschriebene* Postsendung oder auf andere Weise *gegen Empfangsbestätigung* (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO).

3.3 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 8/1-12) ergibt sich, dass die am 27. Januar 2017 der Post übergebene (act. 8/4) Gerichtsurkunde des ersten Zustellungsversuchs für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 22. Februar 2017 von der Post am 6. Februar 2017 mit dem Vermerk "*nicht abgeholt*" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 8/8). Gemäss Vermerk der Vorinstanz auf dem Umschlag der retournierten ersten Sendung erfolgte in der Folge am 10. Februar 2017 eine zweite Zustellung der Vorladung per A-Post (act. 8/8). Zu dieser Sendung bringt die Schuldnerin vor, ihr Geschäftsführer und Präsident des Verwaltungsrates, C._____, sei am 10. Februar 2017 notfallmässig ins Spital ... eingeliefert worden, wo er operiert und mit starken Medikamenten versorgt worden sei (act. 2 S. 3); gemäss einem hierzu eingereichten Arzteugnis befand sich C._____ dort bis am 24. Februar 2017 im stationären Aufenthalt (act. 5/3). Zwar habe seine Ehefrau den uneingeschriebenen Brief aus dem Briefkasten genommen, doch habe sie ihn mit der übrigen Post auf seinen Schreibtisch gelegt, da sie ihn nicht als wichtig wahrgenommen habe. Als ihn C._____ dort nach seiner Entlassung aus dem Spital entdeckt habe, sei bereits der Konkurs über die Schuldnerin eröffnet gewesen und am nächsten Tag das Konkursdekret eingegangen (act. 2 S. 3).

3.3.1 Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, 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*. Indes begründet die Zustellung der Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt mit Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht der Schuldnerin, dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Entscheide zuge-

stellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss die Schuldnerin nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (ZR 104 Nr. 43; BGE 130 III 396). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall hinsichtlich des ersten Zustellversuchs vom 27. Januar 2017 nicht, da die Schuldnerin nicht mit der Zustellung einer gerichtlichen Sendung rechnen musste.

3.3.2 Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden durch gewöhnliche Post ist aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 138 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Eine formwidrige Zustellung zeitigt keine Rechtswirkungen und muss wiederholt werden, wobei die Unwirksamkeit von Amtes wegen zu beachten ist. Ausnahmsweise kann der Mangel geheilt werden, wenn der Adressat von der Zustellung dennoch Kenntnis erlangt und er durch die mangelhafte Zustellung keine Rechtsnachteile erleidet (vgl. dazu etwa LUKAS HUBER, Dike Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 138 N 24, 71). Vorliegend ist dies für die zweite, uneingeschrieben erfolgte Zustellung der Vorladung zur Verhandlung vom 22. Februar 2017 nicht der Fall, hatte die Schuldnerin von der anstehenden Konkursverhandlung doch nicht aktenkundig vor deren Durchführung Kenntnis und erlitt sie durch die Konkursöffnung einen erheblichen Rechtsnachteil.

Folglich wurde die Schuldnerin nicht korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen, was der Konkursöffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

4. Die Schuldnerin hat der Gläubigerin inzwischen sowohl die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten als auch den von dieser an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ersetzt (act. 5/4a); zusätzlich hat die Gläubigerin erklärt, aufgrund der vollständigen Tilgung ihrer Forderung auf die Durchführung des Konkurses zu verzichten (act. 5/4b). Da die Kosten des Konkursamtes durch den ihm von der Vorinstanz überwiesenen Anteil des Kostenvorschusses von Fr. 1'400.– (vgl. act. 7 Disp.-Ziff. 3) ebenfalls gedeckt sind, erübrigt sich die Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Aufgrund des damit gegebenen Konkurshinderungsgrundes der Til-

gung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts getilgt hätte. Davon, dass die Schuldnerin der Gläubigerin den von letzterer an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ersetzt hat (vgl. act. 5/4a-b), ist zudem Vormerk zu nehmen. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

5. 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, 2. Aufl. 2016 Art. 107 N 13 ZPO m.w.H.).

Es wird beschlossen:

1. Auf das Wiederherstellungsgesuch der Schuldnerin wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Februar 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Es wird vorgemerkt, dass die Schuldnerin der Gläubigerin den von letzterer an das Konkursgericht geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ersetzt hat.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die aus dem Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.– wird der Schuldnerin auferlegt.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Das Konkursamt Fluntern-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'400.– (Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Fluntern-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 6, je gegen Empfangsschein.
7. 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
14. März 2017