

ZH_OBERGERICHT PS160081 vom 3. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS160081

FR: ZH_OBERGERICHT PS160081 du 3 juin 2016

IT: ZH_OBERGERICHT PS160081 del 3 giugno 2016

Erwägungen

E. 1

Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach eröffnete mit Urteil vom 19. April 2016 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 8). Mit Beschwerde vom 2. Mai 2016 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 3. Mai 2016 wurde der Beschwerde für die Hinterlegung der Konkursforderung in Höhe von Fr. 14'625.20 bei der Obergerichtskasse partiell die aufschiebende Wirkung erteilt, und es wurde die Beschwerdeführerin auf die Möglichkeit hingewiesen, ihre Beschwerde innert der Beschwerdefrist zu ergänzen. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 10). Am 9. Mai 2016 reichte die Beschwerdeführerin am letzten Tag der Beschwerdefrist eine ergänzende Eingabe ein (act. 12) und bezahlte bei der Obergerichtskasse Fr. 14'625.20 (act. 14). In der Folge wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 10. Mai 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 16). Ferner leistete die Beschwerdeführerin innert Frist den Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 18). Mit Verfügung vom 17. Mai 2016 wurde der Beschwerdegegnerin sodann Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 19). Mit Eingabe vom 23. Mai 2016 nahm die Beschwerdegegnerin fristgerecht Stellung (act. 21).

E. 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 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). Entspre-

- 3 - chend 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 weist in ihrer Beschwerde darauf hin, dass sie nicht gehörig zur vorinstanzlichen Konkursverhandlung vorgeladen worden sei, weshalb die Konkursöffnung aufzuheben sei. Infolge der unzulässigen Zustellung

habe sie von der Vorladung keine Kenntnis erhalten und habe an der Verhandlung nicht teilnehmen können, womit ihr rechtliches Gehör verletzt worden sei (act. 2 S. 4 ff. und act. 12 S. 5). Die Beschwerdegegnerin nimmt dazu in der Beschwerdeantwort keine Stellung und teilt einzig mit, dass sie sich auf Grund der Hinterlegung der Konkursforderung durch die Beschwerdeführerin der Durchführung des Konkursverfahrens entziehe (act. 21). 3.2. 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 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. 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 der Bestimmung der allg. Geschäftsbedingungen der Post, dass zur Entgegennahme sämtliche im selben Wohn- und Geschäftsdomizil anzutreffende Personen berechtigt seien, zumindest für eingeschriebene Sendungen und Gerichtsurkunden die Anwendung versagt bleiben (LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 38). Bei einer Zustellung an eine juristische Person an deren Sitz oder Geschäftsniederlassung, hat diese somit an den Adressaten, eine im Handelsregister eingetragene Person oder eine andere zur Vertretung berechtigte Person, und subsidiär an einen Angestellten zu erfolgen (vgl. BK ZPO-FREI, Art. 138 N 11 und N 15; KUKO ZPO-WEBER, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 138 N 3).

- 4 - Das Ziel dieser Regelung ist, dass gerichtliche Sendungen in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die für die Gesellschaft handeln können (BGer 5A_268/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.4). Deshalb ist im Falle einer Ersatzzustellung wenigstens eine ausdrückliche, stillschweigende oder wenigstens sich aus den Umständen ergebende Bevollmächtigung des Angestellten vorauszusetzen. Dabei darf beispielsweise eine spezifisch mit der Büro-, Sekretariats- oder Logenarbeit betraute angestellte Person grundsätzlich als empfangsberechtigt eingestuft werden, nicht aber das angestellte Reinigungspersonal (BSK BGG-AMSTUTZ/ARNOLD, 2. Aufl. 2011, Art. 44 N 30; vgl. auch BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 2. Aufl. 2013, Art. 138 N 12; GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 138 N 4; LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 43; a.M.: ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 138 N 5; BK ZPO-FREI, Art. 138 N 12). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt oder erfolgt keine gültige Ersatzzustellung, so gilt sie 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. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss erst dann mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden, wenn ein Verfahrensverhältnis begründet wurde. Damit entsteht für die Partei die prozessuale Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass ihr während des hängigen Verfahrens Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können (BGer 7B.89/2004 vom 3. Juni 2004 E. 1.2.3.). Nach ständiger Praxis der Kammer vermag die Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt indes noch kein Prozessrechtsverhältnis in Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht zu begründen (ZR 104/2005 Nr. 43). Daraus folgt, dass im Falle misslungener postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkursöffnung erst aussprechen darf, 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 wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führen muss, weil eine

- 5 - Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 15). 3.3. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 9) ist ersichtlich, dass die Vorladung vom 16. Februar 2016 für die auf den 19. April 2016 angesetzte Konkursverhandlung (act. 9/4) seitens der Beschwerdeführerin von einer Person namens C. _____ als Bevollmächtigter entgegengenommen wurde (act. 9/6). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zustellung der Vorladungsverfügung sei ohne vorherigen Zustellversuch an ein Organ direkt an Herrn C. _____ erfolgt, welcher als Lagerist angestellt und als solcher nicht zur Vertretung der Beschwerdeführerin berechtigt sei. Die Zustellung hätte an eine im Handelsregister eingetragene Person oder ersatzweise an eine andere zur Vertretung berechtigte Angestellte, namentlich an die im Sekretariat tätigen Büroangestellten erfolgen müssen. Das Büro befinde sich im Erdgeschoss ihrer Räumlichkeiten und sei wochentags von 8 bis 12 Uhr und von 13 bis 17 Uhr mindestens von einer Person besetzt. Die Büroangestellten hätten die klare Anweisung, eingeschriebene Sendungen nicht entgegenzunehmen und sich einen Avisierungsschein ausstellen zu lassen, welchen sie dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin zu übergeben hätten. Der Geschäftsführer hole eingeschriebene Sendungen jeweils persönlich ab (act. 2 S. 4 ff.). Das sind zunächst blosser Behauptungen und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Postbote vorgängig der Zustellung an Herrn C. _____ keinen Zustellungsversuch an den Geschäftsführer und einzigen Gesellschafter, D. _____, unternommen hätte, wie es die Beschwerdeführerin geltend macht. Allerdings ist die Beschwerdeführerin als GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Handel mit Kosmetik- und Körperpflegeprodukten (act. 7). Gemäss Angaben auf ihrer Homepage (www.A._____.ch) beschäftigt die Beschwerdeführerin hierfür nebst dem Geschäftsführer und Verkäufern zwei Sachbearbeiterinnen, eine Buchhalterin sowie "C. _____ & Team" als Lagermitarbeiter. Daraus ist einerseits zu schliessen, dass die Beschwerdeführerin über ein Büro verfügt, welches erfahrungsgemäss während den üblichen Geschäftszeiten besetzt ist und die mit dem Geschäftsbetrieb zusammenhängenden administrati-

- 6 - ven Aufgaben erledigt. Auf der anderen Seite ist davon auszugehen, dass der Lagerist angesichts der eigens dafür angestellten Sachbearbeiterinnen im Handelsbetrieb der Beschwerdeführerin keine Verwaltungsaufgaben erbringt, weshalb er nach dem Vorhin Gesagten zum Empfang von eingeschriebenen gerichtlichen Sendungen auch nicht berechtigt erscheint. Des Weiteren ergibt sich aus den Akten, dass das Konkurserkennnis vom 19. April 2016 am Donnerstag, 21. April 2016, während der üblichen Geschäftszeit um 9.38 Uhr nicht in der Geschäftslokalität der Beschwerdeführerin (an den Geschäftsführer oder eine Sekretariatsperson) zugestellt wurde. Es wurde vielmehr ein Avisierungsschein ausgestellt und die Sendung wurde vom Geschäftsführer persönlich am 28. April 2016 am Schalter abgeholt (act. 9/10). Dieser Ablauf entspricht den von der Beschwerdeführerin behaupteten internen Anweisungen, wonach von den Sachbearbeiterinnen keine eingeschriebenen Sendungen entgegenzunehmen seien. Auch der Zahlungsbefehl (act. 9/2) und die Konkursandrohung (act. 9/3) wurden jeweils direkt dem Geschäftsführer ausgehändigt. Demgegenüber wurde für die Vorladung zur Konkursverhandlung kein

Avisierungsschein ausgestellt, sondern sie konnte am 18. Februar 2016 um 9.05 Uhr, ebenfalls an einem Donnerstag zur etwa gleichen Uhrzeit wie der Zustellversuch des Konkurserkennnisses, im Geschäftslokal zugestellt werden (act. 9/6). Es ist daher nicht auszuschliessen, dass der Postbote die Sendung für die Beschwerdeführerin tatsächlich ihrem nicht empfangsberechtigten Lageristen zugestellt hat. Diesfalls läge keine gültige Ersatzzustellung an einen Angestellten im Sinne von Art. 138 Abs. 2 ZPO vor. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen. Die Beschwerdeführerin wurde somit nicht gehörig zur Konkursverhandlung vorgeladen. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin in anderer Hinsicht von der Konkursverhandlung Kenntnis erlangt hätte.

E. 4

Demgemäss ist in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Entscheid aus dem genannten formellen Grund aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Folgerichtig wäre die Sache 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,

- 7 - wenn die Beschwerdeführerin die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) bezahlt hat oder der Gläubiger ihr Stundung gewährt hat, denn diese Umstände müssten nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 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, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 12).

E. 5

Die Beschwerdeführerin hinterlegte mit Zahlung vom 9. Mai 2016 beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in Höhe von Fr. 14'625.20 (act. 14). Dieser Betrag entspricht der Konkursforderung (act. 15). Dieser Betrag wird mit dem vorliegenden Entscheid über die Aufhebung des Konkurserkennnisses der Beschwerdegegnerin ausbezahlt werden. In der Folge gälte die Schuld gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG als getilgt, weshalb das Konkursbegehren erstinstanzlich abzuweisen wäre. Ferner bezahlte die Beschwerdeführerin an das Konkursamt E._____ am 21. April 2016 Fr. 700.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 4/3). Demnach ist vorliegend auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten.

E. 6

Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.-- 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 die Kosten des Konkursamtes nicht auferlegt werden können (vgl. OGer ZH, PS110149 vom 23. August 2011). Die Prozesskosten für das Beschwerdeverfahren, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, wären gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich der

Beschwerdegegnerin aufzuerlegen, da sie formell unterliegt. Allerdings stellte die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren keinen Antrag auf Abweisung der Beschwerde, sondern reichte lediglich eine Verzichtserklärung betreffend Durchführung des

- 8 - Konkursverfahrens ein. Sie identifizierte sich mithin nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid, weshalb eine Kostenaufgabe nach Unterliegen zulasten der Beschwerdegegnerin unbillig erscheinen würde (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Dementsprechend sind für das Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten zu erheben und es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

E. 7

Der von der Beschwerdeführerin bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag in Höhe von Fr. 14'625.20 ist vollständig der Beschwerdegegnerin auszuführen. Zudem ist der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.-- der Beschwerdeführerin zurückzuzahlen. Die Obergerichtskasse ist entsprechend anzuweisen. Ferner ist das Konkursamt E. _____ für die Behandlung der ihm überwiesenen bzw. einbezahlten Kostenvorschüsse (Fr. 1'600.-- seitens der Beschwerdegegnerin via Konkursgericht und Fr. 700.-- seitens der Beschwerdeführerin) zuständig. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.