

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180100-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwan-
den sowie Gerichtsschreiberin D. M. Isler

Urteil vom 14. Juni 2018

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt X._____

gegen

B._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 5. Juni 2018 (EK180767)

Erwägungen:

1. Die Schuldnerin ist eine Aktiengesellschaft, die seit Juli 2004 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist und die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Gastronomie, insbesondere die Entwicklung sowie den Betrieb von Restaurations- und Unterhaltungsbetrieben bezweckt (act. 6).

2. Mit Urteil vom 5. Juni 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für zwei Forderungen der Gläubigerin in den Betreibungen Nrn. 1 und 2 des Betreibungsamts Zürich 3 (act. 3). Dagegen erhob die Schuldnerin mit am 7. Juni 2018 dem Obergericht überbrachter Eingabe Beschwerde (act. 2). Mit Verfügung desselben Tages wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-10). Die Sache erweist sich als spruchreif.

3.1 Die Schuldnerin beantragt die Aufhebung des Konkurses und bringt vor, sie sei nicht zur Konkursöffnungsverhandlung vorgeladen worden (vgl. act. 2 S. 4 ff.).

3.2 Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. 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 (Zustellungsfiktion).

3.3 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die Gerichtsurkunde für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 5. Juni 2018 an die Schuldnerin versandt, aber mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert wurde (vgl. act. 8/6). Daraufhin erfolgte eine erneute Zustellung per A-Post (vgl. handschriftlicher Vermerk auf act. 8/6).

3.4 Ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen 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. Die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag nach ständiger Praxis der Kammer noch kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht zu begründen (vgl. ZR 104 Nr. 43 sowie OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. II./2.; vgl. auch BGE 130 III 396). Die von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO für eingeschriebene Postsendungen statuierte Zustellfiktion greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Dass die Vorinstanz einen zweiten Zustellungsversuch per A-Post unternommen hat, ändert an dieser Ausgangslage nichts, da der Empfang einer solchen Sendung dem Empfänger nicht nachgewiesen werden kann.

3.5 Die Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt. Indem die Vorinstanz die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon sich die Schuldnerin nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde der Anspruch der Schuldnerin auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV). Der Konkursöffnungsentscheid ist daher aufzuheben. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl., Art. 168 N 15).

4.1 Folgerichtig wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von diesem Vorgehen kann indes dann abgesehen werden, wenn die Schuldnerin die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) bezahlt oder die Gläubigerin 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.

4.2 Die Schuldnerin hat am 7. Juni 2018 Fr. 4'328.15 bei der Obergerichtskasse zuhanden der Gläubigerin hinterlegt (act. 5/4-5 und act. 11). Dieser Betrag reicht aus, um die beiden Konkursforderungen zuzüglich Zinsen, Nebenforderungen und Betreuungskosten zu tilgen: In der Betreuung Nr. 1 beläuft sich die Forderung auf Fr. 2'171.40 nebst Zins zu 5 % seit 7. Dezember 2017 laufend bis zur Konkursöffnung (Fr. 53.55), Fr. 138.35 Nebenforderung ohne Zins und Fr. 146.60 Betreuungskosten; insgesamt also Fr. 2'509.90. In der Betreuung Nr. 2 beträgt die Forderung Fr. 1'504.20 nebst Zins zu 5 % seit 6. Februar 2018 laufend bis zur Konkursöffnung (Fr. 24.50), Fr. 126.30 Nebenforderung ohne Zins sowie Fr. 146.60 Betreuungskosten; insgesamt Fr. 1'801.60. Die Kosten des Konkursamts Wiedikon-Zürich und des Konkursgerichts wurden am 6. Juni 2018 durch einen Vorschuss von Fr. 1'800.– sichergestellt (act. 5/6).

4.3 Die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit kann verzichtet werden, weil die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit nur dann nachzuweisen hat, wenn sie sich auf einen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist, ist die Schuldnerin davon vorliegend befreit (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 12).

5.1 Das Konkursgericht zeigte den Parteien an, dass bei einer Verfahrenserledigung vor bzw. anlässlich der Verhandlung eine reduzierte Gebühr von Fr. 200.– bis zum Verhandlungstermin zu zahlen sei (act. 8/5/1 S. 2). Die vorinstanzliche Spruchgebühr ist deshalb auf Fr. 200.– festzusetzen und der Schuldnerin aufzuerlegen, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Das Konkursgericht ist anzuweisen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– dem Schuldner auszuführen. Die beim Konkursamt Wiedikon-Zürich entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem

Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 1'400.– zurückzuerstatten. Das für die Konkursforderungen Hinterlegte ist der Gläubigerin auszuführen.

5.2 Kosten für das Beschwerdeverfahren sind nicht zu erheben, da diese ohne den Verfahrensfehler des Konkursgerichts nicht entstanden wären. Der bei der Obergerichtskasse als Vorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.– kann der Schuldnerin daher unter Vorbehalt des staatlichen Verrechnungsrechts zurückbezahlt werden. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Staat schuldet in solchen Fällen keine Entschädigung und eine Partei wird nur in dem Verhältnis entschädigungspflichtig, in welchem ihr Kosten auferlegt werden (Art. 106 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juni 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen
5. Der von der Schuldnerin einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 750.– ist ihr unter Vorbehalt des staatlichen Verrechnungsrechts zurückzuerstatten.
6. Das Konkursgericht wird angewiesen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.- der Schuldnerin auszuführen.
7. Die Kosten des Konkursamts Wiedikon-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.

8. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 1'400.– auszusahlen.
9. Die von der Schuldnerin beim Obergericht für die Gläubigerin hinterlegten Fr. 4'328.15 werden dieser ausbezahlt.
10. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
11. 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 Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, je gegen Empfangsschein.
12. 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:

Dr. M. Isler

versandt am:
14. Juni 2018