

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180132-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 31. Juli 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

B._____,

Gläubiger und Beschwerdegegner

vertreten durch C._____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 11. Juli 2018 (EK180954)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 11. Juli 2018 den Konkurs über die A._____ GmbH (Schuldnerin), in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 11 für eine Forderung von B._____ (Gläubiger) von Fr. 11'815.65 nebst 5 % Zins seit 16.1.2018 und Fr. 100.– Umtriebsentschädigung sowie Fr. 798.– Betreuungskosten (act. 6). Dieser Entscheid wurde D._____, Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Schuldnerin (act. 8), am 13. Juli 2018 zugestellt (act. 7/10). Die Beschwerdefrist lief demnach am 23. Juli 2018 ab. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 18. Juli 2018 (überbracht am 19. Juli 2018) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 19. Juli 2018 wurde diesem Gesuch entsprochen (act. 9).

2. a) Die Schuldnerin brachte vor, C._____ als Vertreter des Gläubigers, sei nicht zuzulassen. Zur berufsmässigen Vertretung seien lediglich Anwälte zugelassen. Es sei nicht davon auszugehen, dass C._____ den Beschwerdegegner in nicht berufsmässiger Weise vertrete, zumal er auch weitere ehemalige Arbeitnehmer gegen sie vertreten habe. Ferner wies sie auf das persönliche Interesse von C._____, als Betreiber des Hotels E._____, hin (act. 2 S. 2-3 und S. 5).

b) Seit 1. Januar 2018 ist der revidierte Art. 27 SchKG in Kraft. Danach ist jede handlungsfähige Person berechtigt, andere Personen im Zwangsvollstreckungsverfahren zu vertreten. Dies gilt auch für die gewerbsmässige Vertretung. Gestützt auf diese Bestimmung ist deshalb C._____ als Vertreter des Gläubigers im Beschwerdeverfahren zuzulassen, zumal nicht bekannt und auch nicht geltend gemacht wird, der Kanton habe C._____ gegenüber ein Vertretungsverbot erteilt (Art. 27 Abs. 1 SchKG).

3. a) Die Schuldnerin rügte u.a., ihr sei die Vorladung zur Konkursverhandlung gar nie zugestellt worden. Sie vermutet, dass der Postbote fälschlicherweise die Abholungseinladung beim Hotel E._____, der die gleiche Adresse wie ihr Gastronomiebetrieb habe, hinterlegt habe, wie dies auch bei der Abholungseinladung für das Urteil vom 11. Juli 2018 geschehen sei (act. 2 S. 3-6).

b) Die Beschwerde kann u.a. mit einem Verfahrensfehler des Konkursgerichts begründet werden (Art. 320 ZPO; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Auflage, Art. 174 N 7). Es ist deshalb vorgängig zu prüfen, ob die Schuldnerin von der Vorinstanz korrekt vorgeladen worden ist.

Aus den vorinstanzlichen Akten ist ersichtlich, dass die der Schuldnerin an ihre im Handelsregister eingetragene Adresse mit Gerichtsurkunde zugestellte Vorladung zur Konkursverhandlung nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist von der Post mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 7/6 i.V.m. act. 8). Gemäss Vermerk auf dem retournierten Couvert wurde der Schuldnerin die Vorladung am 26. Juni 2018 per A-Post zugesandt (act. 7/6). Diese Vorladung wurde der Vorinstanz von der Post mit dem Vermerk "Weggezogen retour an Absender" zurückgesandt (act. 7/7). Die Vorinstanz erachtete die erfolgten Zustellversuche an die Schuldnerin mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post offenbar als rechtsgenügend und eröffnete - da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren - den Konkurs (act. 6).

4. a) Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. In der Regel entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches den Parteien gebietet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zu-

stellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Eine Zustellungsfiktion kann demnach nur für ein hängiges bzw. laufendes Verfahren gelten. Die blossе Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag indes beim Konkursrichter noch kein hängiges Verfahren mit den genannten prozessualen Pflichten, mithin kein Prozessrechtsverhältnis zu begründen; das konkursrichterliche Verfahren wird vielmehr erst durch das Begehren des Gläubigers um Eröffnung des Konkurses - als neues Verfahren - in die Wege geleitet (BGE 138 III 225).

b) Da die Schuldnerin mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, greift die Zustellungsfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht. Die Vorladung gilt als nicht zugestellt. Indem die Vorinstanz die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet.

5. a) Der angefochtene Entscheid ist wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. Da die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist, ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin (Art. 174 Abs. 2 SchKG) im Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Auflage, Art. 174 N 12).

b) An sich wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren des Gläubigers zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Davon kann indes abgesehen werden, da die Schuldnerin inzwischen die Konkursforderung beim Obergericht hinterlegt hat (act. 5/11 i.V.m. act. 11). In der Folge gälte die Schuld gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG als getilgt. Ferner hat die Schuldnerin die vorinstanzlichen Kosten sowie die Kosten des Konkursamtes beim Konkursamt sichergestellt (act. 5/9). Unter diesen Umständen ist auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten.

6. a) 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. 7/5/2 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 des Gläubigers für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– der Schuldnerin auszusahlen. Die beim Konkursamt Oerlikon-Zürich entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 7'700.– (Fr. 6'300.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) dem Gläubiger Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 5'900.– zurückzuerstatten.

b) Kosten für das Beschwerdeverfahren sind nicht zu erheben, da diese ohne den Verfahrensfehler des Konkursgerichts nicht entstanden wären. Parteienschädigungen 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). Da die Schuldnerin die Kosten für das Beschwerdeverfahren, Fr. 750.–, bereits bei der Obergerichtskasse bezahlt hat (act. 5/10), ist die Obergerichtskasse anzuweisen, ihr diese Kosten zurückzuerstatten.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Juli 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. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Schuldnerin den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– zurückzuerstatten.
5. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
6. Die Kosten des Konkursamtes werden auf die Staatskasse genommen.
7. Die Kasse des Obergerichtes wird angewiesen, den von der Schuldnerin betreffend Betreuung Nr. ... hinterlegten Betrag von Fr. 12'998.50 dem Gläubiger auszuzahlen.
8. Das Konkursgericht wird angewiesen, den vom Kostenvorschuss des Gläubigers für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– der Schuldnerin auszuzahlen.
9. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 7'700.– (Fr. 6'300.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) dem Gläubiger Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 5'900.– auszuzahlen.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, je gegen Empfangsschein.
11. 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
31. Juli 2018