

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180140-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 7. August 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Juli 2018 (EK181024)

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und wurde am tt.mm.2016 in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt Bau-, Immobilien-, Gastro- und Messe-Consulting, Handel mit Waren und Konsumgütern aller Art, sowie die Durchführung und Vermittlung auf eigene und fremde Rechnung von Geschäften im Finanz-, Bau-, Telekommunikations-, Marketing-, Gastro- und Investmentbereich (vgl. act. 5/2).

1.2 Mit Urteil vom 12. Juli 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 3'587.50 nebst Zins zu 5 % seit 14. März 2018, Fr. 100.– Bearbeitungskosten, Fr. 50.– Mahnkosten, Fr. 63.30 5 % Verzugszins vor Betreibung sowie Fr. 146.60 Betreibungskosten (act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar] = act. 8/6).

2.1 Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 27. Juli 2018 (Poststempel) Beschwerde (act. 2). Sie ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, beantragt die Aufhebung des Konkurses und macht geltend, es könne auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verzichtet werden, weil der Konkurshinderungsgrund der Tilgung vorliege (vgl. act. 2 S. 2 ff.). Weiter hat die Schuldnerin der Obergerichtskasse für die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.– bezahlt (act. 5/8).

2.2 Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 31. Juli 2018 einstweilen erteilt (vgl. act. 9) und gleichzeitig der Schuldnerin eine kurze Nachfrist angesetzt, um die tatsächliche Verbuchung bzw. die Ausführung der Überweisung vom 13. Juli 2018 (vgl. act. 5/4) bzw. den Konkurshinderungsgrund der Tilgung (vollständig) urkundlich zu belegen (vgl. act. 9). Innert Frist (vgl. act. 9 i.V.m. act. 10/1 i.V.m. act. 11) reichte die Schuldnerin für die entsprechende Kontobelastung einen Beleg ein (vgl. act. 12).

2.3 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-9). Die Beschwerde erfolgte rechtzeitig (vgl. act. 8/6 i.V.m. act. 8/8 i.V.m. act. 2 S. 1), sie ist mit Anträ-

gen versehen und schriftlich begründet (act. 2). Dem Eintreten steht damit nichts entgegen. Eine Beschwerdeantwort ist von der Gläubigerin – wie nachfolgend darzulegen sein wird – mangels Beschwer nicht einzuholen. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Die Schuldnerin macht im Wesentlichen geltend, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden, da ihr die Vorladung zur Konkursverhandlung nie zugestellt worden sei. Eine Rückweisung an die Vorinstanz könne aber unterbleiben, da sie die Konkursforderung inklusive Zinsen, Bearbeitungskosten, Verzugszins vor Betreuung, Mahnkosten und Betreuungskosten beglichen habe. Entsprechend sei der Konkurs aufzuheben und sie – die Schuldnerin – wieder in die Verfügung über ihr Vermögen einzusetzen (vgl. act. 2 S. 4 ff.).

4.1 Die Konkurseröffnung setzt voraus, dass der Schuldnerin die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (vgl. Art. 1 lit. c i.V.m. Art. 138 Abs. 1 ZPO). 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 (sog. Zustellungsfiktion).

4.2 Den Akten ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz die Konkursverhandlung im Geschäft Nr. EK181024 auf den 12. Juli 2018 ansetzte (act. 8/3). Aus der von der Schuldnerin eingereichten Sendungsnachverfolgung (vgl. act. 8/4/2 und act. 5/3) geht hervor, dass die entsprechende, per Einschreiben versandte Vorladung auf den 12. Juli 2018 der Schuldnerin an deren Domizil-Adresse nicht zugestellt werden konnte bzw. auch innert der Abholfrist nicht abgeholt wurde, weshalb eine Rückzustellung an den Absender erfolgte (vgl. act. 8/5). Am 5. Juli 2018 versuchte die Vorinstanz, der Schuldnerin die Vorladung per A-Post zuzustellen (vgl. act. 8/5 und act. 8/9). Eine entsprechende Zustellung per A-Post bestätigt die Schuldnerin jedoch nicht (vgl. act. 2 S. 6). Somit fehlt ein Nachweis für die Zustellung der Vorladung an die Schuldnerin.

4.3 Des Weiteren weist die Schuldnerin zutreffend darauf hin (vgl. act. 2 S. 5), dass erst mit der Rechtshängigkeit eines Verfahrens ein Prozessverhältnis entsteht, das die Parteien zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet. Dies beinhaltet auch, dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte in der betreffenden Sache zugestellt werden können. Diese Pflicht entsteht mithin aber erst mit der Begründung des konkreten Verfahrensverhältnisses und gilt nur insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (vgl. BGE 130 III 396 ff., E. 1.2.3 m.w.H.). Nach der Rechtsprechung – auch darauf weist die Schuldnerin zutreffend hin (vgl. act. 2 S. 6) – stellt das Verfahren um Konkurseröffnung im Verhältnis zu den vorangegangenen Verfahrensschritten ein neues Verfahren dar. Es folgt nicht automatisch aus dem Einleitungsverfahren (Art. 67 ff. SchKG). Aus demselben Grund begründet auch die Konkursandrohung (Art. 159 ff. SchKG) noch kein Prozessrechtsverhältnis vor dem Konkursgericht. Erst durch das Konkursbegehren (Art. 166 SchKG) wird das Gerichtsverfahren auf Konkurseröffnung rechtshängig. Einer Schuldnerin kann deshalb nach Erhalt der Konkursandrohung noch nicht vorgehalten werden, mit der Vorladung zur Konkursverhandlung rechnen zu müssen. Die Zustellungsfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ist auf die Vorladung zur Konkursverhandlung damit nicht anwendbar (vgl. BGE 138 III 225 ff., E. 3.2 m.w.H.; vgl. auch ZR 2005 [104] Nr. 43, S. 174 ff., E. 2.3).

4.4 Damit ergibt sich, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht als zugestellt gilt. Da die Schuldnerin mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses vor dem Konkursgericht nicht mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen musste, kann die Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung auch nicht fingiert werden.

4.5 Indem die Vorinstanz die Konkurseröffnung aussprach, obschon die Schuldnerin sich zum Konkursbegehren nicht äussern konnte, verletzte sie den Anspruch der Schuldnerin auf rechtliches Gehör. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (vgl. BGE 138 III 225 ff., E. 3.3

m.w.H.). Daher ist die Beschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

5. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaligem Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich aus folgenden Gründen: Die Schuldnerin überwies der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) am 13. Juli 2018 einen Betrag von Fr. 2'330.– (vgl. act. 5/4 und act. 12) und am 20. Juli 2018 einen solchen von Fr. 1'691.– (vgl. act. 5/5). Dieser Gesamtbetrag von Fr. 4'021.– vermag die noch ausstehende Konkursforderung inklusive Zinsen, Bearbeitungskosten, Verzugszins vor Betreibung, Mahnkosten und Betreibungskosten von insgesamt Fr. 4'009.65 zu decken. Zudem hat die Schuldnerin die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes mit Bezahlung von Fr. 1'200.– beim Konkursamt Aussersihl-Zürich sichergestellt. Nach der Bestätigung des Konkursamtes genügt dieser Betrag, um die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzliche Entscheidgebühr sicherzustellen (vgl. act. 5/7).

Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann abgesehen werden, da die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung heute nicht mehr erfüllt sind (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Daher ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichtes Zürich getilgt hätte. Entsprechend entfällt die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

6.1 Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– ist trotz Gutheissung der Beschwerde der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie mit ihrer Zahlungssäumnis das Verfahren veranlasst hat (vgl. OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. V.). Der für das zweitinstanzliche Verfahren an die Obergerichtskasse geleistete Kostenvorschuss von Fr. 750.– ist an die Schuldnerin auszuzahlen.

6.2 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes Aussersihl-Zürich sind aus diesem Grund auf die

Staatskasse zu nehmen (vgl. auch dazu OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. V.; PS110149 vom 23. August 2011, E. 3). Für eine Parteienschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (vgl. ZK ZPO-JENNY, 3. Aufl. 2016, Art. 107 N 26; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 107 N 12), weshalb keine Parteienschädigungen zuzusprechen sind.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Juli 2018 (EK181024-L), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.– wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes Aussersihl-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin den Restbetrag auszusahlen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den für das zweitinstanzliche Verfahren geleistete Kostenvorschuss von Fr. 750.– an die Schuldnerin auszusahlen.
7. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 5, 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. A. Götschi

versandt am:
7. August 2018