

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180245-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 9. Januar 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Sammelstiftung BVG der B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 5. Dezember 2018 (EK181794)

Erwägungen:

1.1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 5. Dezember 2018 den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 11'224.20 nebst 3.5% Zins seit dem 1. Januar 2018 und bisherige Umtriebsspesen von Fr. 500.– sowie Betreuungskosten von Fr. 311.15 (vgl. act. 3 = act. 7/8). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 24. Dezember 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 2, zur Rechtzeitigkeit insb. Rz. 4 u. act. 7/11). Mit Verfügung vom 27. Dezember 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde rechtzeitig geleistet (act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–12). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

1.2. Die Schuldnerin beantragt die Aufhebung des Konkurses und bringt u.a. vor, sie sei nicht gehörig zur Konkurseröffnungsverhandlung vorgeladen worden und habe daher vom Konkursverfahren nichts gewusst (act. 2 Rz. 5 ff.).

2.1. Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wird (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendungen 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.

2.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die der Schuldnerin mittels Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retournierte (act. 7/7). Eine erneute Zustellung erfolgte nicht bzw. nur per A-Post (vgl. handschriftlicher Vermerk auf act. 7/7).

2.3. 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 der hängigen Verfahren 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 jedoch kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren 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. Die Anzeige der Konkurseröffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt, weshalb der angefochtene Entscheid über die Konkurseröffnung wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben ist. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl., Art. 168 N 15).

2.4. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese ist 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 einer Rückweisung könnte zwar abgesehen und das Konkursbegehren durch die Beschwerdeinstanz abgewiesen werden, wenn die Schuldnerin die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inkl. 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 (vgl. z.B. OGer ZH PS170281 vom 9. Januar 2018 E. 3.1.). Im Hinblick darauf äussert sich die Schuldnerin widersprüchlich, macht sie doch an einer Stelle geltend, die Konkursforderung sei *noch nicht* beglichen (act. 2 Rz. 13), an anderer Stelle aber, die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung seien nicht mehr erfüllt (act. 2 Rz. 14). Belege, dass die Voraussetzungen zur Abweisung des Konkursbegehrens zum heutigen Zeitpunkt erfüllt wären, reicht sie aber keine ein, weshalb eine Abweisung durch die Beschwerdeinstanz nicht in Frage kommt. Sollte die Schuldnerin sich vor Vorinstanz anlässlich der

durchzuführenden Verhandlung auf den Konkurshinderungsgrund der Tilgung berufen wollen, ist sie hier darauf hinzuweisen, dass der Zinsenlauf durch den hier angefochtenen Entscheid nicht gestoppt wurde.

3.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Der von der Schuldnerin geleistete Kostenvorschuss ist dieser zurückzuerstatten. Parteientschädigungen sind keine auszurichten (vgl. z.B. OGer ZH PS170167 vom 11. August 2017 E. 3.2).

3.2. Allfällige Kosten des Konkursamtes Altstetten-Zürich sind auf die Staatskasse zu nehmen. Von dem beim Konkursamt Altstetten-Zürich einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'000.– (Fr. 600.– Zahlung der Schuldnerin [vgl. act. 5/4] sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) sind der Schuldnerin Fr. 600.– und der Vorinstanz (zwecks Wiederholung der Konkursverhandlung und neuer Entscheidung) Fr. 1'400.– auszubezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Dezember 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und die Sache wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der von der Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren bezogene Kostenvorschuss von Fr. 750.– ist ihr unter Vorbehalt des staatlichen Verrechnungsrechts zurückzuerstatten.

4. Die Kosten des Konkursamtes Altstetten-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'000.– (Fr. 600.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Schuldnerin Fr. 600.– und der Vorinstanz (zwecks Wiederholung der Konkursverhandlung und neuer Entscheidung) Fr. 1'400.– auszusahlen.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2,
 - die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
 - das Konkursamt Altstetten-Zürich,
 - die Obergerichtskasse,ferner mit besonderer Anzeige an
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
 - das Betreibungsamt Zürich 9,je gegen Empfangsschein.
8. 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 M. Schnarwiler

versandt am: