

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190084-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. S. Mazan und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 15. Mai 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 29. April 2019 (EK190153)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 11. November 2010 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt sie den Grosshandel mit Batterien, Batterie-Bestandteilen und Taschen-Lampen aller Art inklusive Zubehör, die Ausführung von Reparaturen in diesem Bereich sowie – als Nebenzweck – die Erbringung von Dienstleistungen im EDV-Sektor (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 29. April 2019, 10.15 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 810.00 nebst Fr. 18.30 (5% Zins seit 15. November 2018) sowie Betreuungskosten von Fr. 126.60 (act. 8/11 = act. 3 = act. 7).

1.3. Mit Beschwerde vom 9. Mai 2019 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses. Sie stellte zudem ein Gesuch um Erlass der notwendigen vorsorglichen Massnahmen, mit welchen sie die Erlangung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich des vorinstanzlichen Urteils vom 29. April 2019 anstrebte und insbesondere erreichen wollte, dass die Publikation im Handelsregister des Kantons Zürich rückgängig gemacht und das Konkursamt noch nicht tätig werde (act. 2 S. 2 f.; act. 8/11). Die Schuldnerin belegte mittels eines Kontobelegs für die Konkursforderung samt der Zinsen und Betreuungskosten mit Valuta vom 8. Mai 2019 und damit nach der Konkurseröffnung beim Obergericht des Kantons Zürich Fr. 1'160.00 hinterlegt sowie auch einen Vorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet zu haben (act. 5/3). Im Weiteren stellte die Schuldnerin mit Zahlung vom 2. Mai 2019 beim Konkursamt C._____ zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts Fr. 1'000.00 sicher (act. 5/4).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-18). Am 13. Mai 2019 (Datum Poststempel) und damit noch innert Rechtsmittelfrist reichte die Schuldnerin der Kammer eine weitere Eingabe samt Beilagen ein. Sie beantragt darin die

Abweisung des Konkursbegehrens und die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides vom 29. April 2019, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (act. 10 S. 7 und 14, act. 11/12-20). Das Verfahren ist spruchreif, wobei das Gesuch der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dem heutigen Entscheid obsolet wird.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Mit der Beschwerde können aber auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie die nicht oder nicht richtige Vorladung zur Verhandlung des Konkursgerichts – gerügt werden. Diese sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. A., Basel 2014, Art. 174 N 7).

2.2. Die Schuldnerin beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung und verweist auf das bei der Vorinstanz gestellte Wiederherstellungsgesuch hinsichtlich der Vorladung bzw. der Stellungnahme zum Begehren um Konkursöffnung (act. 2 S. 4). Sie beruft sich im Wesentlichen darauf, die Vorinstanz habe die Adressierung der Vorladung an sie nicht korrekt vorgenommen, diese habe auf "AG" anstatt "GmbH" gelautet. Des Weiteren sei die Sendung mit der vorinstanzlichen Vorladung aufgrund einer nicht durch ihren Einzelzeichnungsberechtigten autorisierten Postumleitung an den Hauptsitz der D. _____ AG umgeleitet und dort fälschlicherweise zusammen mit der Briefpost für die D. _____ AG an eine Mitarbeiterin derselben übergeben worden. Als die nicht zuweisbare Sendung mit der Vorladung an sie (die Schuldnerin) entdeckt worden sei, sei diese über die interne Administration ungeöffnet an das Direktionssekretariat der D. _____ AG weitergeleitet worden. Sie (die Schuldnerin) habe keinerlei Kenntnis von der Vorladung vom 21. März 2019 erlangt und auch nicht mit einer solchen Zustellung rechnen müssen (act. 5/6 S. 4 f.; act. 10 S. 4 f.).

3.

3.1. Eine korrekte 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). Ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen, Verfügungen und 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 der Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht der Schuldnerin, dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Entscheide zugestellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss die Schuldnerin nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (ZR 104 [2005] Nr. 43; vgl. auch BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb nicht.

3.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 29. April 2019, 9.45 Uhr, mit Gerichtsurkunde an die Schuldnerin verschickt wurde (act. 8/6 und act. 8/10). Dass eine Zustellung aufgrund falscher Adressierung ("AG" anstatt "GmbH") gescheitert wäre, behauptet die Schuldnerin selber nicht. Aus den vorinstanzlichen Akten sowie den Ausführungen der Schuldnerin ergibt sich vielmehr, dass sich dies gerade nicht auswirkte, andernfalls die behauptete resp. erfolgte Postumleitung nicht zum Tragen gekommen wäre. Die Vorinstanz hatte sodann gestützt auf den ihr vorliegenden Zustellnachweis keine Veranlassung, an der Kenntnisnahme von der Konkursverhandlung durch die Schuldnerin zu zweifeln. Der Zustellbeleg wies der Vorinstanz eine Zustellung der Vorladung an die Schuldnerin am 26. März 2019 und damit rechtzeitig im Sinne von Art. 168 SchKG aus (act. 8/10). Aller-

dings liegen objektive Anhaltspunkte für den von der Schuldnerin behaupteten Zustellverlauf der Vorladung vor: Für ihre Schilderungen spricht zum einen, dass die behauptete Nachsendung nach E._____, in dessen Nähe die D._____ AG und nicht die Schuldnerin ihren Sitz hat, aus dem Beleg der Sendungsverfolgung ersichtlich ist (act. 8/10). Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin die offene Konkursforderung samt Zinsen und Kosten nach Kenntnis vom Konkursverfahren beglich. Mit Schreiben vom 8. Mai 2019 bestätigen sodann die Leiterin der Administration sowie die Assistentin des CEO der D._____ AG, dass die Vorladung an die Schuldnerin fälschlicherweise von einer ihrer Mitarbeiterinnen zusammen mit anderer, an sie selbst adressierter Post, entgegengenommen worden sei. Der Briefumschlag sei in der Folge ungeöffnet im Direktionssekretariat zur Weiterleitung abgegeben worden, dort jedoch aufgrund von Abwesenheiten liegen geblieben. Die genannten Mitarbeiterinnen der D._____ AG erklären weiter, ihren Nachforschungen zufolge sei durch eine ihrer Mitarbeiterinnen am 12. Februar 2019 eine nicht autorisierte Postumleitung für die Schuldnerin von C._____ nach F._____ in Auftrag gegeben worden (act. 8/16/6).

Die Ausführungen der Schuldnerin zum Zustellverlauf der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 29. April 2019 sind aufgrund des vorstehend Aufgeführten als glaubhaft zu erachten, und es ist gestützt darauf davon auszugehen, dass sie nicht rechtzeitig vom laufenden Verfahren resp. der Konkursverhandlung Kenntnis erlangt hat. Dies steht der Konkurseröffnung entgegen. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

3.3. Die Schuldnerin belegt, mit Valuta vom 8. Mai 2019 insgesamt Fr. 1'910.00 bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben. Damit hat sie die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten von Fr. 954.90 (Fr. 810.00 + Fr. 18.30 + Fr. 126.60) hinterlegt. Sie hat daneben die Kosten für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.00 bevorschusst sowie die vorinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.00 an das Obergericht bezahlt. Daneben hat die Schuldnerin an das Konkursamt C._____ Fr. 1'000.00 (für dessen Kosten) bezahlt (vgl. act. 5/3-4). Aus diesem Grund erübrigt sich die Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. eine Rückwei-

sung der Sache an die Vorinstanz. Aufgrund des damit gegebenen Konkurshindernisgrundes der Hinterlegung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts Bülach getilgt hätte. Praxisgemäss entfällt die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

4. Die erstinstanzlichen Spruchgebühr von Fr. 200.00 ist der Schuldnerin aufzuerlegen, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Gläubigerin zu Recht gestellt wurde. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ausser Ansatz. Der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.00 ist der Schuldnerin zurückzuzahlen. Die Obergerichtskasse ist entsprechend anzuweisen. Eine Entschädigung ist für das Rechtsmittelverfahren aus der Staatskasse mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (vgl. Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 107 ZPO m.w.H.) und kann auch nicht der Gläubigerin aufgebürdet werden, da diese nicht unterliegt. Ferner sind auch die Kosten des Konkursamts C._____ auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. OGer ZH PS170032 vom 15. Februar 2017). Das Konkursamt C._____ ist für die Behandlung der ihm überwiesenen bzw. einbezahlten Kostenvorschüsse (Fr. 1'600.00 seitens der Gläubigerin via Konkursgericht und Fr. 1'000.00 seitens der Schuldnerin) zuständig.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 29. April 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes C._____ werden auf die Staatskasse genommen.

4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 954.90 an die Gläubigerin auszubezahlen und in der Höhe von Fr. 955.10 an die Schuldnerin zurückzuerstatten.
7. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin Fr. 800.00 auszuzahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 sowie act. 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____-..., 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. K. Würsch

versandt am: