

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200052-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 9. März 2020

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwältin MLaw X2._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Februar 2020 (EK200038)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 12. Februar 2020 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin (A. _____ AG) für eine Forderung der Gläubigerin (Stiftung Auffangeinrichtung BVG) von Fr. 3'610.10 nebst 5% Zins seit 18. September 2019 zuzüglich Fr. 100.– Betreuungskosten, Fr. 50.– Mahnkosten, Fr. 39.10 5% Verzugszins vor Betreuung und Fr. 231.65 Betreuungskosten (act. 6).

2. a) Mit Eingabe vom 24. Februar 2020 (Poststempel) erhob die Schuldnerin gegen das Urteil vom 12. Februar 2020 Beschwerde mit den Anträgen, der Konkurs sei aufzuheben - eventuell zur Neuansetzung der Konkursverhandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen - und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2). Dem prozessleitenden Antrag wurde mit Verfügung vom 28. Februar 2020 entsprochen (act. 11). Innert der Beschwerdefrist (vgl. act. 7/11) ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde und reichte zum Nachweis der Zahlungsfähigkeit weitere Unterlagen ein (act. 13, act. 14/43-47).

b) Die Schuldnerin bringt unter anderem vor, weder die Vorladung zur Konkursverhandlung noch das Urteil des Konkursgerichtes hätten ihr zugestellt werden können. Zum jeweiligen Zustellungszeitpunkt habe sich der Verwaltungsrat im Ausland befunden (act. 2 S. 5-8 Rz 9-12).

3. a) Die Beschwerde kann u.a. mit einem Verfahrensfehler des Konkursgerichtes 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.

b) Wie oben ausgeführt, macht die Schuldnerin geltend, von der Konkursöffnungsverhandlung nie Kenntnis erlangt zu haben. Gemäss den beigezogenen Akten der Vorinstanz verlief der einmalige Versuch, der Schuldnerin die Vorladung per Gerichtsurkunde zuzustellen, erfolglos. Die Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung vom 12. Februar 2020 wurde mit dem Ver-

merk "Zurück - nicht abgeholt" von der Post retourniert (act. 7/6). Gemäss Vermerk auf dem retournierten Couvert wurde der Schuldnerin die Vorladung am 27. Januar 2020 per A-Post zugesandt (act. 7/6). Ob sie diese erhalten hat, ist nicht ersichtlich.

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 Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Eine Zustellungsfiktion kann demnach nur für ein hängiges bzw. laufendes Verfahren gelten. Die blosser 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 Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnung 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.
6. a) Die Vorinstanz eröffnete den Konkurs für eine Forderung von Fr. 3'610.10 nebst Zinsen und Kosten (act. 6). Sie übersah, dass die Gläubigerin in ihrem Konkursbegehren eine Teilzahlung von Fr. 3'954.40 vom 27. November 2019 berücksichtigte und deshalb das Konkursbegehren für eine Restforderung von Fr. 75.46 zuzüglich provisorischer Verzugszins von Fr. 34.60 bis 8. Januar 2020 stellte (act. 7/1 S. 3). Fälschlicherweise geht die Gläubigerin davon aus, dass Zinsen bis zur Konkurseröffnung geschuldet sind. Zinsen sind aber gemäss Konkursandrohung (act. 7/2/2) nur für die Hauptforderung geschuldet, und diese wurde am 27. November 2019 vollständig getilgt. Bis zur Tilgung sind Zinsen in der Höhe von Fr. 34.60 angefallen (vgl. act. 15). Der Verzugszinsen vor Betreibung beträgt gemäss Konkursandrohung Fr. 39.10 (vgl. act. 7/2/2) und nicht, wie von der Gläubigerin verlangt, Fr. 39.11 (vgl. act. 7/1 S. 3). Geschuldet sind im Zeitpunkt der Konkurseröffnung somit noch Fr. 110.05 (vgl. act. 15), wobei die Schuldnerin eine Restschuld von Fr. 110.11 (recte: Fr. 110.10, vgl. act. 2 S. 11 Rz 23) anerkennt.
- b) Die Schuldnerin hat am 24. Februar 2020 Fr. 5'250.– an die Obergerichtskasse überwiesen (act. 5/4 und act. 9-10). Dieser Betrag dient vorerst zur Deckung der obergerichtlichen Verfahrenskosten von Fr. 750.– und zur Hinterlegung der Restforderung von Fr. 110.10. Der Restbetrag von Fr. 4'389.89 (recte: Fr. 4'389.90) soll zur Deckung allfälliger zusätzlicher Zinsen und/oder Kosten bzw. - falls das Gericht einen höheren Betrag für die noch ausstehende Konkursforderung berechnet - zur Deckung dieser Restschuld verwendet werden (act. 2 S. 11-12 Rz 26). Mit der Hinterlegung von Fr. 110.10 gilt die Schuld gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG als vollständig getilgt. Ferner hat die Schuldnerin die vorinstanzlichen Kosten sowie die Kosten des Konkursamtes (Fr. 1'600.–) beim Konkursamt Aussersihl-Zürich si-

chergestellt (act. 5/30). Unter diesen Umständen ist auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten.

Die Kasse des Obergerichtes ist anzuweisen, vom von der Schuldnerin betreffend Betreuung Nr. ... hinterlegten Betrag (Fr. 4'500.–) Fr. 110.10 der Gläubigerin und den Restbetrag der Schuldnerin auszuzahlen.

7. 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. 7/4/1-2 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 der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– der Schuldnerin auszuzahlen. Die beim Konkursamt Aussersihl-Zürich entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'000.– (Fr. 1'600.– 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. 1'200.– zurückzuerstatten.

b) Kosten für das Beschwerdeverfahren sind nicht zu erheben, da diese ohne den Verfahrensfehler des Konkursgerichtes 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. 9-10), 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 12. Februar 2020, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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. 4'500.– im Umfang von Fr. 110.10 der Gläubigerin und den Restbetrag von Fr. 4'389.90 der Schuldnerin auszuzahlen.
8. Das Konkursgericht wird angewiesen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– der Schuldnerin auszuzahlen.
9. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'000.– (Fr. 1'600.– 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. 1'200.– auszuzahlen.

10. 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 Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 5, 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:
10. März 2020