

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230099-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 8. Juni 2023

in Sachen

A. _____ LLC,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

Sammelstiftung B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 25. Mai 2023 (EK230633)**

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und wurde am tt.mm.2007 in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt ... [Zweck](vgl. act. 6).

1.2 Mit Urteil vom 25. Mai 2023 (act. 9/8 = act. 3 = act. 8 [Aktenexemplar]) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 7'083.30 nebst Zins zu 5 % seit 1. November 2022, abzgl. Teilzahlung von Fr. 3'923.95 vom 9. Februar 2023, Fr. 139.55 Zins von 1. Januar 2022 bis 31. Oktober 2022, Fr. 300.– Betreuungsspesen, Fr. 213.80 Betreuungskosten, mithin insgesamt Fr. 3'956.60 (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 3, vgl. act. 9/2/2).

1.3 Dagegen erhebt die Schuldnerin mit Eingabe vom 5. Juni 2023 (Poststempel) Beschwerde (act. 2) mit folgenden Anträgen:

- "1. Das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Mai 2023 (Geschäfts-Nr. EK230633-L/U_V21895) sei aufzuheben und es sei die Beschwerdeführerin in die Verfügung über ihr Vermögen wieder einzusetzen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Kantons Zürich."

Prozessualer Antrag:

"Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen unter Mitteilung an das Konkursamt Wiedikon-Zürich."

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-12). Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren hat die Schuldnerin bereits geleistet (vgl. act. 5/8; act. 7/2). Mit dem vorliegenden Entscheid ist der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und abzuschreiben. Der Gläubigerin ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Beschwerdeeingabe (act. 2) zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.1 Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (vgl. Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die

Beschwerde kann u.a. mit einem Verfahrensfehler des Konkursgerichtes begründet werden (vgl. Art. 320 ZPO; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014 Art. 174 N 7). Die Konkurseröffnung setzt insbesondere voraus, dass der Schuldnerin die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen hat durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zu erfolgen (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).

2.2 Die Schuldnerin macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil ihr die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht zugestellt worden sei. Eine Rückweisung an die Vorinstanz könne aber unterbleiben, da sie die Konkursforderung inklusive Zinsen, Betreuungsspesen und Betreuungskosten mittlerweile 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.).

2.3 Den vorinstanzlichen Akten ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz die Konkursverhandlung im Geschäft Nr. EK230633 auf den 25. Mai 2023 ansetzte (act. 9/5). Die entsprechende, als Gerichtsurkunde versandte Vorladung auf den 25. Mai 2023 konnte der Schuldnerin an deren Domizil-Adresse nicht zugestellt werden bzw. wurde auch innert der Abholfrist nicht abgeholt, weshalb eine Rückzustellung an den Absender erfolgte (vgl. act. 9/7). Am 8. Mai 2023 versuchte die Vorinstanz, der Schuldnerin die Vorladung per A-Post zuzustellen (vgl. act. 9/7). Eine entsprechende tatsächliche Zustellung per A-Post bestätigt die Schuldnerin jedoch nicht (vgl. act. 2 S. 5). Somit fehlt ein Nachweis für eine tatsächliche Zustellung der Vorladung an die Schuldnerin.

2.4 Des Weiteren weist die Schuldnerin zutreffend darauf hin (vgl. act. 2 S. 5), dass erst mit der Rechtshängigkeit eines Verfahrens ein Prozessrechtsverhältnis entsteht, wonach die Parteien sich nach Treu und Glauben zu verhalten und unter anderem dafür zu sorgen haben, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden

können, welche das Verfahren betreffen. Diese Pflicht entsteht erst mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.1 m.w.H.). Nach der Rechtsprechung – auch darauf weist die Schuldnerin zutreffend hin (vgl. act. 2 S. 5) – begründet die Konkursandrohung (Art. 159 ff. SchKG) noch kein Prozessrechtsverhältnis vor dem Konkursgericht. Erst durch das Konkursbegehren (Art. 166 SchKG) wird das Gerichtsverfahren auf Konkursöffnung 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 104/2005 Nr. 43, S. 174 ff., E. 2.3). Mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses musste die Schuldnerin somit nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen, weshalb die Zustellungsfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht greift bzw. ihr die Vorladung zur Konkursverhandlung auch nicht als zugestellt gilt.

2.5 Indem die Vorinstanz die Konkursöffnung aussprach, obschon sich die Schuldnerin 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. Da die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist, ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG) nicht zu prüfen (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, a.a.O., Art. 174 N 12).

3. An sich wäre die Sache an die Vorinstanz zu nochmaliger Entscheidung über das Konkursbegehren zurückzuweisen (vgl. Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Auf eine Rückweisung ist jedoch aus folgenden Gründen zu verzichten:

Die Schuldnerin hinterlegte am 31. Mai 2023 einen Betrag von Fr. 4'034.– bei der Obergerichtskasse (vgl. act. 5/6 und act. 7/1). Dieser Gesamtbetrag deckt die noch ausstehende Konkursforderung (abzüglich Teilzahlung) inklusive Zinsen,

Zins von 1. Januar 2022 bis 31. Oktober 2022, Betreuungsspesen und Betreuungskosten von insgesamt Fr. 3'956.60 (und übersteigt diese um Fr. 77.40). Ferner hat die Schuldnerin die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes mit Bezahlung des Betrages von Fr. 1'200.– beim Konkursamt Wiedikon-Zürich (nachfolgend: Konkursamt) sichergestellt (vgl. act. 5/7). Zusammen mit dem ihm von der Vorinstanz überwiesenen Rest des Vorschusses (Fr. 1'400.–, vgl. act. 3 S. 2) verfügt das Konkursamt über genügend Mittel, um der Gläubigerin den von ihr an die Vorinstanz bezahlten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten.

Damit hat die Schuldnerin die Tilgung der Schuld, der Zinsen und der Kosten im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG – zu welchen insbesondere sämtliche Betreuungskosten einschliesslich der Kosten der Konkursandrohung und der dem Konkursgericht geleistete Kostenvorschuss für das Konkursdekret bzw. die Kosten des Konkursgerichtes gehören – urkundlich nachgewiesen (vgl. BSK SchKG I-GIROUD/SIMONI, 3. Aufl. 2021, Art. 172 N 11). Die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung sind deshalb heute nicht mehr erfüllt. Unter diesen Umständen ist auf das Einholen einer Beschwerdeantwort und auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu nochmaliger Entscheidung über das Konkursbegehren zu verzichten (vgl. statt vieler: OGer ZH PS200052 vom 9. März 2020, E. 6b; PS180132 vom 31. Juli 2018, E. 5a).

4. Nach dem Gesagten ist die Obergerichtskasse anzuweisen, von dem von der Schuldnerin hinterlegten Betrag (Fr. 4'034.–) den Betrag von Fr. 3'956.60 an die Gläubigerin und den Betrag von Fr. 77.40, der zu viel hinterlegt wurde (vgl. oben E. 1.2 und E. 3), an die Schuldnerin auszuzahlen. Vorbehalten bleibt ein allfälliges Verrechnungsrecht.

5.1 Es ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid der Vorinstanz getilgt hätte. Die Vorinstanz hatte den Parteien angezeigt, dass bei einer Verfahrenserledigung vor bzw. anlässlich der Verhandlung (Rückzug des Konkursbegehrens oder Nachweis eines Konkurshindernungsgrundes) nur eine reduzierte Gebühr von Fr. 200.– zu zahlen sei (vgl. act. 9/5 Ziff. 5). Die vorinstanzliche Entscheidgebühr ist deshalb auf Fr. 200.– zu

reduzieren (vgl. OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018, E. 6a). Sie ist der Schuldnerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat (vgl. statt vieler OGer ZH PS110149 vom 23. August 2012, E. 3; PS120214 vom 30. November 2012, E. V.). Die Vorinstanz ist demnach anzuweisen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Entscheidgebühr bezogenen bzw. einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– vorbehältlich einer allfälligen Verrechnung im Umfang von Fr. 200.– der Schuldnerin auszusahlen.

5.2 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben (vgl. Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die Obergerichtskasse ist demnach anzuweisen, der Schuldnerin - wiederum vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts - den von ihr für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– auszusahlen.

Aus demselben Grund sind die Kosten des Konkursamtes auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. statt vieler OGer ZH PS110149 vom 23. August 2012, E. 3; PS120214 vom 30. November 2012, E. V.; PS110149 vom 23. August 2011, E. 3; PS180031 vom 21. März 2018, E. 6a). Das Konkursamt ist anzuweisen, 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 der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 800.– auszusahlen. Damit erhält die Gläubigerin ihren Vorschuss von Fr. 1'800.– zurück und die Schuldnerin insgesamt den von ihr sichergestellten Betrag von Fr. 1'200.– abzüglich der auf Fr. 200.– herabgesetzten, von ihr zu tragenden erstinstanzlichen Entscheidgebühr (Fr. 200.– von der Vorinstanz und Fr. 800.– vom Konkursamt = Fr. 1'000.–).

5.3 Für eine Parteientschädigung 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 Parteientschädigungen zuzusprechen sind.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Mai 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich wird angewiesen, der Schuldnerin Fr. 200.– auszuzahlen. Vorbehalten bleibt ein allfälliges Verrechnungsrecht.
4. Die Kosten des Konkursamtes Wiedikon-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt Wiedikon-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 Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 800.– auszuzahlen.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
7. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Schuldnerin vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts den von ihr für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– auszuzahlen.
8. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von der Beschwerdeschrift (act. 2), sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, je gegen Empfangsschein.
10. 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:
8. Juni 2023