

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170097-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

## Urteil vom 22. Mai 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Bauspenglerei GmbH,**  
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Versicherungsgesellschaft AG,**  
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Mai 2017 (EK170469)

### **Erwägungen:**

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und wurde am 11. März 2014 in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt den Betrieb einer Bauspenglerei, Installation von Blitzschutzanlagen, Reparaturservice und allgemeine Blecharbeiten, Flüssigkunststoffabdichtungen, Flachbedachungen und -abdichtungen sowie alle damit verbundenen Arbeiten (act. 6). Mit Urteil vom 3. Mai 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von zwei Mal Fr. 651.90 nebst Zins zu je 5 % seit 25. Mai 2016, Fr. 7.– Mahngebühren sowie Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/7). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 17. Mai 2017 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2 S. 2). Weiter hat sie der Obergerichtskasse für die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.– bezahlt (act. 5/5).

2. Die Kammer zog die vorinstanzlichen Akten bei (act. 8/1-10) und erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 19. Mai 2017 antragsgemäss (act. 2 S. 2) die aufschiebende Wirkung (act. 9). In der Verfügung wurden gleichzeitig Erwägungen zur Rechtzeitigkeit der Rechtsmitteleingabe gemacht. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist darauf zu verweisen (act. 9 S. 2, Erw. 3). Die Beschwerde erfolgte rechtzeitig, sie ist mit Anträgen versehen und schriftlich begründet (act. 2). Dem Eintreten steht damit nichts entgegen. Eine Beschwerdeantwort ist nicht einzuholen. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Die Schuldnerin macht im Wesentlichen geltend, dass sie die Vorladung zur Konkursverhandlung (act. 8/3/2) nicht erhalten habe. Sie habe erst vom Konkursverfahren erfahren als sie das Konkursamt Oerlikon-Zürich über die Konkurseinvernahme informiert habe. Durch die fehlende Vorladung sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden. Zudem habe sie mittlerweile die Konkursforderung inklusive Zin-

sen und Kosten beglichen. Entsprechend sei der Konkurs aufzuheben und sie – die Schuldnerin – wieder in die Verfügung über ihr Vermögen einzusetzen (act. 2 S. 4-7).

4. Die Konkurseröffnung setzt voraus, dass der Schuldnerin die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (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).

Zutreffend weist die Schuldnerin darauf hin (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 (BGE 130 III 396, E. 1.2.3 m.w.H.).

Nach der Rechtsprechung – darauf weist die Schuldnerin zutreffend hin (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 Prozessverhältnis 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 auferlegt 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 (BGE 138 III 225, E. 3.2 m.w.H.; vgl. auch ZR 2005 [104] Nr. 43, S. 175 f.).

5. Die Schuldnerin erhielt die Konkursandrohung vom 25. November 2016 am 2. Dezember 2016 (act. 8/2/2). Die Beschwerdegegnerin und Gläubigerin (nachfolgend Gläubigerin) stellte am 20. März 2017 das Konkursbegehren bei der Vorinstanz (act. 8/1). Diese setzte die Konkursverhandlung auf den 3. Mai 2017 an (act. 8/3/2). Die Verhandlungsanzeige vom 23. März 2017, welche die Vorinstanz zuhanden der Schuldnerin als Gerichtsurkunde versandte, wurde von der Post bereits am Folgetag nach der Versendung mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" wieder retourniert (act. 8/5 i.V.m. act. 5/2 S. 2 f.). Auch eine zweite Zustellung der Verhandlungsanzeige am 27. März 2017 per A-Post wurde der Vorinstanz mit dem Vermerk "Empf. n. ermittelbar. Retour an Absender" zurückgesandt (act. 8/5 i.V.m. act. 8/6).

6. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich damit, dass der Schuldnerin die Vorladung nicht zugestellt werden konnte. Da die Schuldnerin mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses vor dem Konkursgericht nicht mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen musste, kann die Zustellung der Verhandlungsanzeige vom 23. März 2017 auch nicht fingiert werden. Indem die Vorinstanz die Konkurseröffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich zum Konkursbegehren nicht äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BGE 138 III 225, E. 3.3 m.w.H.). An sich wäre die Sache demnach an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorlädt und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin entscheidet. Hiervon kann indes vorliegend abgesehen werden.

7. Die Schuldnerin überwies der Gläubigerin am 12. Mai 2017 einen Betrag von Fr. 1'522.60 (act. 5/4). Dies vermag die noch ausstehende Konkursforderung inklusive Zinsen, Mahngebühren und Betreuungskosten zu decken.

Die Schuldnerin macht geltend, dass damit nunmehr sinngemäss der Konkurshinderungsgrund der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG bestehe und so zu verfahren sei, wie wenn die Schuldnerin die Forderung bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts beglichen hätte (act. 2 S. 7 mit zutreffendem Verweis auf

OGer ZH, PS130017 vom 14. Februar 2013, E. 3b sowie PS120026 vom 9. März 2012, E. III). Das trifft zu, hätte die Schuldnerin die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten, worunter insbesondere auch die Kosten des Konkursgerichts zu verstehen sind (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 172 N 3), vollständig beglichen.

Da die Schuldnerin durch ihr Zahlungssäumnis in jedem Fall das erstinstanzliche Konkursverfahren verursacht hat, hat sie auch die dafür angefallenen Kosten von Fr. 400.– (act. 7 S. 2) zu tragen und zu begleichen. Daran mangelt es aber vorliegend. Der der Gläubigerin überwiesene Betrag von Fr. 1'522.60 (act. 5/4) vermag zwar die noch offene Schuld zuzüglich Zins, Mahngebühren und Betreuungskosten ganz knapp zu tilgen. Die erstinstanzlich festgesetzte Spruchgebühr von Fr. 400.– ist davon jedoch nicht erfasst. Die Konkursforderung ist damit noch nicht vollständig getilgt.

8. Bei einer Aufhebung des Konkurses mangels Anzeige der Konkursverhandlung, fällt die zweitinstanzliche Entscheidgebühr regelmässig ausser Ansatz, da die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch allfällig bereits angefallene Kosten des Konkursamts Oerlikon-Zürich werden nach der Praxis der Kammer in solchen Fällen auf die Staatskasse genommen (OGer ZH, PS110149 vom 23. August 2011, E. 3). Da der von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegte Kostenvorschuss von Fr. 750.– im Fall der Aufhebung keine direkte Verwendung findet, können davon Fr. 400.– an die Gläubigerin überwiesen werden. Damit tilgt die Schuldnerin ihre Schuld für die erstinstanzlichen Gerichtskosten gegenüber der Gläubigerin, welche diesen Betrag über ihren Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– bereits vorleistete (act. 7 S. 2). Die Konkursforderung ist somit nach dem Gesagten samt Zinsen und Kosten getilgt bzw. sichergestellt.

9. Die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung sind damit heute nicht mehr erfüllt. Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet und es ist die Konkurseröffnung aufzuheben, ohne dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin i.S.v. Art. 174 Abs. 2 SchKG geprüft werden müsste. Da die Schuldnerin das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat, sind ihr die erstinstanzlichen Kosten

aufzuerlegen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt dahingegen wie erwähnt (vgl. Ziff. 7) ausser Ansatz. Ebenso sind allfällig bereits entstandene Kosten des Konkursamts Oerlikon-Zürich auf die Staatskasse zu nehmen (OGer ZH, PS110149 vom 23. August 2011, E. 3).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Mai 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 400.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von der Gläubigerin im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Vorschuss bezogen. In diesem Umfang wird der Gläubigerin der Rückgriff auf die Schuldnerin eingeräumt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom im zweitinstanzlichen Verfahren von der Schuldnerin geleisteten Barvorschuss (Fr. 750.–) Fr. 400.– an die Gläubigerin auszuzahlen. Damit ist die Rückgriffsforderung gemäss Dispositivziffer 2 getilgt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Die Kosten des Konkursamtes Oerlikon-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
6. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, den bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'400.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin auszuzahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am: