

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170121-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach so-
wie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 27. Juli 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 7. Juni 2017 (EK170721)

Erwägungen:

1. a) Am 7. Juni 2017 wurde über die A. _____ GmbH (nachfolgend Schuldnerin), die u.a. einen Handel mit Kunstgegenständen betreibt (act. 7), gestützt auf das Konkursbegehren der Stiftung B. _____ (Gläubigerin) für eine Forderung von Fr. 1'581.10 nebst Zins zu 5 % seit 19.8.2015 zuzügl. Betreuungskosten von Fr. 452.60 der Konkurs eröffnet (act. 5). Mit Eingabe vom 21. Juni 2017 erhob die Schuldnerin Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie superprovisorisch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ferner ersuchte sie das Gericht, von der Anordnung eines Kostenvorschusses abzusehen und ihr für das Beschwerdeverfahren unentgeltliche Rechtspflege, allenfalls unter Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, zu gewähren. Überdies verlangte sie Akteneinsicht und behielt sich vor, danach die Begründung der Beschwerde zu ergänzen (act. 2 sinngemäss). Mit Verfügung vom 22. Juni 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt und der Schuldnerin unter Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Ferner wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie jederzeit in einem ihr zugewiesenen Raum des Obergerichtes die Akteneinsicht wahrnehmen könne und sie ihre Beschwerde innert der 10tägigen Beschwerdefrist abschliessend zu begründen habe (Art. 321 Abs. 2 ZPO) (act. 8). Nachdem die Schuldnerin weitere Beilagen eingereicht hatte (act. 11/1-7), wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 3. Juli 2017 die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12).

- b) Die Schuldnerin ergänzte ihre Beschwerde vom 21. Juni 2017 (act. 2) mit Eingaben vom 30. Juni (act. 10 überbracht), vom 2. Juli (act. 14 Poststempel) und vom 3. Juli 2017 (act. 16 überbracht). Am 21. Juni 2017 wurde ihr das Urteil vom 7. Juni 2017 durch die Vorinstanz ausgehändigt (act. 6/15). Da die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO mangels Verfahrenskennntnis der Schuldnerin (vgl. nachstehend Ziffer 4 und act. 8 Erw. 4a) für die Zustellung des Endentscheides nicht greifen konnte, lief die Rechtsmit-

telfrist am 3. Juli 2017 ab. Alle Eingaben erfolgten somit innerhalb der Beschwerdefrist und sind zu berücksichtigen.

2. a) Die Schuldnerin machte in ihrer Beschwerdeschrift u.a. geltend, es liege der Konkursöffnung eine nichtige Konkursandrohung zugrunde. Es handle sich nämlich bei der Gläubigerin um eine öffentlichrechtliche Stiftung, weshalb die vorliegende Betreuung gemäss Art. 43 SchKG nur auf Pfändung und nicht auf Konkurs hätte fortgesetzt werden können (act. 2).

b) Auf diese Einwendungen wurde bereits in der Verfügung vom 22. Juni 2017 eingegangen (act. 8). Gemäss Art. 43 Ziff. 1 SchKG ist die Konkursbetreuung in jedem Fall ausgeschlossen für Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit sich ein Schuldner auf diese Bestimmung berufen kann: Einerseits muss die Forderung ihren Rechtsgrund im öffentlichen Recht haben, und andererseits muss der Gläubiger eine Anstalt des öffentlichen Rechts, z.B. eine öffentlichrechtliche Körperschaft sein (vgl. dazu BGer 5A_54/2013 vom 22.5.13 Erw. 2.1 u.a. mit Hinweis auf BGE 129 III 554 Erw. 3 S. 71/72 und BGE 125 III 250 Erw. 1 S. 251). Nicht unter Art. 43 Ziff. 1 SchKG fallen daher Krankenkassenbeiträge für die obligatorische Krankenversicherung an privatrechtlich organisierte Krankenkassen (z.Bsp. einer AG, BGE 125 III 251 Erw. 2), BVG-Beiträge an privatrechtlich organisierte Auffang- oder Vorsorgeeinrichtungen (BGE 118 III 13; BGer 5A_54/2013 vom 22.5.13 Erw. 2.3) sowie Radio- und Fernsehgebühren an die Billag AG (vgl. Hans Reiser in BISchK 2005, S. 65).

Bei der vorliegenden Konkursforderung handelt es sich um eine Gebühr (Verwaltungsgebühr) für das Schlichtungsverfahren (vgl. act. 6/4; Art. 12c i.V.m. Art. 40 Abs. 1 lit. c FMG, SR 784.10; BVer A-3184/2015 vom 29.11.16 Erw. 5.2; BVGE 2010/34, Auszug aus dem Urteil A 6464/2008 vom 6.4.2010 Erw. 4), somit um eine öffentlichrechtliche Forderung. Die Gläubigerin ist eine Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung, die bestimm-

te, ihr übertragene öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes zu erfüllen hat. Sie untersteht der Aufsicht des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM). Die Gläubigerin ist aber kein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts. Es handelt sich um eine privatrechtliche Stiftung i.S. von Art. 80 ff. ZGB (vgl. dazu BVGer A_6384/2011 vom 11.10.12 Erw. 1.2), welche im Handelsregister des Kantons Bern eingetragen ist. Es liegt daher keine Ausnahme der Konkursbetreibung i.S. von Art. 43 Ziff. 1 SchKG vor.

3. a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

b) Mit der Beschwerde können aber auch Verfahrensmängel der Vorinstanz gerügt werden. Die Schuldnerin wies in ihrer Eingabe vom 3. Juli 2017 darauf hin, dass sie die Vorladung zur vorinstanzlichen Verhandlung nicht erhalten habe (act. 16).

Vorgängig ist deshalb zu prüfen, ob die Schuldnerin korrekt zur Konkursöffnung vorgeladen wurde (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, 2 Auflage, N 7 zu Art. 174 SchKG).

4. a) Ein formelles Erfordernis der Konkursöffnung ist, dass den Parteien die Konkursverhandlung vor ihrer Durchführung angezeigt werden muss. Geschieht dies nicht, wird den Parteien das rechtliche Gehör verweigert. Dem Schuldner wird nämlich die Gelegenheit zum Nachweis von Tatsachen genommen, die zur Abweisung des Konkursbegehrens führen müssten (Art. 172 SchKG). Der Mangel ist dermassen gravierend, dass eine Heilung vor Rechtsmittelinstanz ausgeschlossen erscheint (BGE 138 III 225 Erw. 3.3). 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). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch nur dann als zugestellt, *sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste*.

b) Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 6) ergibt sich, dass die an die im Handelsregister eingetragene Zürcher Firmenadresse (act. 5) der Schuldnerin adressierte Gerichtsurkunde des ersten Zustellungsversuchs für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 7. Juni 2017 10:00 Uhr mit dem Vermerk "nicht abgeholt" von der Post retourniert wurde (act. 6/10). Eine zweite Zustellung der Vorladung erfolgte am 22. Mai 2017 per A-Post an die gleiche Adresse (vgl. handschriftliche Bemerkung auf der unzustellbaren Gerichtsurkunde, act. 6/10). Ob die Anzeige gemäss Art. 168 SchKG, die wegen der fehlenden Teilnahmepflicht der betroffenen Parteien keine Vorladung im technischen Sinne ist, mit A-Post zugestellt werden kann, kann vorliegend offen bleiben. Es lässt sich nämlich den Akten nicht entnehmen, dass die per A-Post zugestellte Vorladung der Schuldnerin effektiv zugeing. Das Urteil wurde wiederum erfolglos an die Firmenadresse gesandt (act. 6/14). Der Entscheid wurde der Schuldnerin, wie bereits erwähnt, am 21. Juni 2017 durch die Vorinstanz ausgehändigt (act. 6/15).

Das Konkursgericht erachtete die veranlassten Zustellungsversuche als rechtsgenügend und eröffnete den Konkurs, da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren.

c) 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 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 allfälli-

ges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht aber 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. Erst durch das Konkursbegehren wird das Gerichtsverfahren auf Konkursöffnung hängig (vgl. BGE 138 III 225 Erw. 3.2 unter Hinweis auf ZR 104/2005 Nr. 43; BGE 130 III 396). In Bezug auf die Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung greift die Zustellungsfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO daher nicht. Demnach wurde die Schuldnerin vorliegend nicht korrekt vorgeladen. Indem die Konkursrichterin die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz ist nicht möglich.

5. a) Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. An sich wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Davon kann indes abgesehen werden.

b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin die Konkursforderung beim Betreibungsamt Zürich 4 bezahlt (act. 11/1). Ausserdem stellte sie beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 11/4). Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete die Schuldnerin einen Barvorschuss (act. 11/3). Damit besteht nunmehr der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 172 Ziffer 3 SchKG, und es ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Schuld bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichtes getilgt hätte.

- c) Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zu prüfen. Die Beschwerde ist gutzuheissen.
6. Im Übrigen vermochte die Schuldnerin auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Gemäss Betreibungsregisterauszug hat die Schuldnerin bis auf vier mit einem Rechtsvorschlag behaftete Forderungen (Betreibung Nr. 1 Fr. 374.50 zugunsten C.____; Betreibung Nr. 2 Fr. 80.- zugunsten Kanton Zürich, Strassenverkehrsamt; Betreibung Nr. 3 Fr. 1'235.50 zugunsten C.____; Betreibung Nr. 4 Fr. 647.40 zugunsten D.____ AG) alle Betreibungsausstände bezahlt (act. 11/7). Ferner belegte sie, dass sie beim Strassenverkehrsamt keine offenen Kosten mehr hat (act. 17/2) und dass die C.____ gegenüber dem Betreibungsamt Zürich die Betreibung Nr. 3 zurückgezogen und deren Löschung beantragt hat (act. 17/3/1). Wie es sich mit den der Betreibung Nr. 1 und der Betreibung Nr. 4 zugrundeliegenden Forderungen verhält (vgl. act. 17/1 und act. 16 S. 2), kann offen gelassen werden. Mit ihrem Jahresgewinn vermag sie diese Ausstände in der Höhe von Fr. 1'021.90 zu decken. Die Schuldnerin macht, im Gegensatz zu früheren Jahren (act. 15/7-8) aktuell keine grossen Gewinne – 2016 Fr. 6'376.80 (act. 15/5) –, sie hat aber auch keine hohen Fixkosten. Diese bestehen nach ihren Ausführungen vor allem in Miet- und Nebenkosten (act. 10 S. 2), was sich auch aus ihrer Zusammenstellung der Ausgaben 2016 und 2017 ergibt (act. 15/1-3). Lohnkosten fallen keine an (act. 10 und act. 15/1-3). Eine zusätzliche Einnahmequelle nebst dem Verkauf von Gemälden, welche in Kommission genommen werden, ist die Durchführung von Events (act. 14 und act. 15/4). In der Inventarliste sind als "Anteil A.____" Kommissionsgebühren in der Höhe von Fr. 2'870.- (act. 11/5) aufgeführt. Aus den eingereichte Beilagen geht zudem hervor, dass in diesem Jahr erhebliche Kommissionseinnahmen (über Fr. 100'000.-) durch den Verkauf von Bildern realisiert werden könnten. Es gibt konkrete Interessenten, und Rahmenangebote wurden bereits abgegeben (act. 17/4/5-9; act. 17/5/1-2). Ausserdem dürfte auch bald das an E.____ gewährte Darlehen (zur Bezahlung von Lagergebühren für zwei Bilder) in der Höhe von Fr. 8'400.- aufgrund des bevor-

stehenden Bilderverkaufs zur Rückzahlung fällig sein (act. 17/4/2, act. 17/4/5-8), was die Liquidität der Schuldnerin erhöht. Es sollte ihr möglich sein, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen.

7. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist der Schuldnerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkurseröffnungsverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Gläubigerin zu Recht gestellt wurde. Hingegen können die Kosten des Konkursamtes Aussersihl-Zürich der Schuldnerin nicht auferlegt werden, da der Konkurs, wie oben ausgeführt, nicht hätte eröffnet werden dürfen (vgl. OGer ZH, PS110149 vom 23. August 2011). Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten der Schuldnerin oder der Gläubigerin veranlasst wurde, sind die zweitinstanzlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Parteientschädigungen 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).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Juni 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.- wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes Aussersihl-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.

4. Das Konkursamt Aussersihl-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 Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.- und der Schuldnerin Fr. 800.- auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt Aussersihl-Zürich und das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich unter Beilage der Akten, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.
6. 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:
28. Juli 2017