

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170281-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 9. Januar 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 14. Dezember 2017 (EK171937)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 14. Dezember 2017 den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 7'692.– nebst 5 % Zins seit 1. Januar 2017, Fr. 400.– Umtriebsspesen und Fr. 251.50 Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/6). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 22. Dezember 2017 rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. act. 8/8). Mit Verfügung vom 27. Dezember 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde rechtzeitig geleistet (act. 5/9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-8). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Konkurses und bringt u.a. vor, sie sei nicht gehörig zur Konkursöffnungsverhandlung vorgeladen worden und habe daher vom Konkursverfahren nichts gewusst (vgl. act. 2 S. 4 ff.).

2.2 Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. 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). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Zustellungsfiktion).

2.3 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die Gerichtsurkunde für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2017 an die Schuldnerin versandt, aber mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert wurde (vgl. act. 8/5). Daraufhin erfolgte eine erneute Zustellung per A-Post (vgl. handschriftlicher Vermerk auf act. 8/5).

2.4 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 einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag nach ständiger Praxis der Kammer noch kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht zu begründen (vgl. ZR 104 Nr. 43 sowie OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. II./2.; vgl. auch BGE 130 III 396). Die von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO für eingeschriebene Postsendungen statuierte Zustellungsfiktion greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Dass die Vorinstanz einen zweiten Zustellungsversuch per A-Post unternommen hat, ändert an dieser Ausgangslage nichts, da der Empfang einer solchen Sendung dem Empfänger nicht nachgewiesen werden kann.

2.5 Die Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt. Indem die Vorinstanz die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon sich die Schuldnerin nicht zum Konkursbegehren hatte äussern können, wurde der Anspruch der Schuldnerin auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV). Der Konkursöffnungsentscheid ist daher aufzuheben. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl., Art. 168 N 15).

3.1 Folgerichtig 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). Von diesem Vorgehen kann indes dann abgesehen werden, wenn die Schuldnerin die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) bezahlt oder die Gläubigerin ihr Stundung gewährt hat, denn diese Umstände müssten nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens führen.

3.2 Die Schuldnerin bringt in ihrer Beschwerde vor, die der Konkursöffnung zugrundeliegende Forderung inkl. Zinsen und Kosten getilgt zu haben (act. 2 S. 6 f.). Sie weist nach, dass sie der Gläubigerin am 22. Dezember 2017

Fr. 5'130.05 überwiesen hat (act. 5/4). Dieser Betrag reicht aus, um die Konkursforderung von Fr. 7'692.– abzüglich einer von der Gläubigerin vorgenommenen Korrektur von Fr. 3'598.05 (vgl. E-Mail vom 21. Dezember 2017, act. 5/5) sowie 5 % Zins im Zeitraum vom 1. Januar bis 14. Dezember 2017, Fr. 400.– Umtriebspesen und Fr. 251.50 Betreuungskosten zu begleichen. Zur Vermeidung eines unnötigen Leerlaufs rechtfertigt es sich, das verspätete Novum der Tilgung ausnahmsweise zu berücksichtigen. Zudem hat die Schuldnerin am 19. Dezember 2017 die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts beim Konkursamt Wiedikon-Zürich sichergestellt (act. 5/6).

3.3 Die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit kann verzichtet werden, weil der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nur dann nachzuweisen hat, wenn er sich auf einen der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG beruft. Davon ist die Beschwerdeführerin aber befreit, weil die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 12).

4.1 Die erstinstanzliche, aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene Spruchgebühr von Fr. 400.– ist trotz Gutheissung der Beschwerde der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie der Gläubigerin mit ihrer Zahlungssäumnis begründeten Anlass zum Konkursbegehren gegeben hat (vgl. OGer ZH PS110149 vom 23. August 2011 E. 3.).

4.2 Hingegen hätte der Konkurs wie gesehen nicht eröffnet werden dürfen, weshalb der Schuldnerin weder die zweitinstanzliche Entscheidgebühr noch die Kosten des Konkursamts auferlegt werden können (OGer ZH PS110025 vom 11. März 2011). Parteientschädigungen sind keine auszurichten (OGer ZH PS170167 vom 11. August 2017 E. 3.2).

4.3 Der bei der Obergerichtskasse als Vorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.– kann der Schuldnerin mangels Kostenerhebung zurückbezahlt werden. Ferner hat die Schuldnerin mit der Einzahlung von Fr. 1'800.– beim Konkursamt Wiedikon-Zürich nebst der vorinstanzlichen Spruchgebühr auch dessen Kosten beglichen (act. 5/6). Kosten für das konkursamtliche Verfahren sind wie ausgeführt nicht zu erheben, weshalb der Schuldnerin diese ebenfalls zu erstatten sind. Der Gläubigerin ist sodann der im vorinstanzlichen Verfahren geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzubezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Dezember 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Der von der Schuldnerin bezogene Kostenvorschuss von Fr. 750.– ist ihr unter Vorbehalt des staatlichen Verrechnungsrechts zurückzuerstatten.
5. Die Kosten des Konkursamts Wiedikon-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
6. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 1'400.– auszuzahlen.
7. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

8. 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 Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, 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 Gerichtschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am:
9. Januar 2018