

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170167-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 11. August 2017

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Juli 2017 (EK170993)

Erwägungen:

1.

1.1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 13. Juli 2017 den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 16'790.95 nebst 5% Zins seit 16. März 2017, Mahnkosten von Fr. 50.–, 5% Verzugszins vor Betreuung von Fr. 630.45 und Fr. 312.60 Betreuungskosten (gl. act. 3 = act. 7 = act. 8/6). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 31. Juli 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 8/9 und act. 5/2). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und bringt u.a. vor, sie sei nicht gehörig zur Konkurseröffnungsverhandlung vorgeladen worden und habe daher vom Konkursverfahren nichts gewusst (vgl. act. 2 S. 4 ff. Rz 9 ff.).

1.2. Mit Verfügung vom 3. August 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. act. 9). Der verlangte Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde rechtzeitig geleistet (vgl. act. 10/1 und act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Eine Konkurseröffnung 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).

2.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die der Schuldnerin mittels Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur auf den 13. Juli 2017 angesetzten Verhandlung mit dem Vermerk

"Nicht abgeholt" retournierte (vgl. act. 8/5). Eine erneute Zustellung erfolgte nicht bzw. nur per A-Post (vgl. handschriftlicher Vermerk auf act. 8/5).

2.3. 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 jedoch kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren 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. Die Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt, weshalb der angefochtene Entscheid über die Konkursöffnung wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben ist.

2.4. 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 hat oder der Gläubiger 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.

Die Schuldnerin bringt in ihrer Beschwerde vor, die der Konkursöffnung zugrundeliegende Forderung habe sich reduziert (vgl. act. 2 S. 7 Rz 16). Aufforderungs-gemäss reichte die Schuldnerin mit Eingabe vom 9. August 2017 eine Bestätigung der Gläubigerin zur Höhe des noch offenen Betrages ein, der sich auf Fr. 13'283.04 beläuft (vgl. act. 12/24). Gleichzeitig belegt die Schuldnerin, diesen Betrag der Gläubigerin überwiesen zu haben (vgl. act. 12/25). Es rechtfertigt sich

daher, dieses verspätete Novum der Zahlung zur Vermeidung eines unnötigen Leerlaufs ausnahmsweise zu berücksichtigen. Zudem hat die Schuldnerin die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts mit Bezahlung von Fr. 800.– beim Konkursamt Oerlikon-Zürich innert Beschwerdefrist sichergestellt. Nach der Bestätigung des Konkursamtes genügt dieser Betrag, um die Kosten des Konkursamts und die erstinstanzliche Entscheidgebühr sicherzustellen (vgl. act. 5/9). Die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde ohne weiteres aufzuheben.

3.

3.1. 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.).

3.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes Oerlikon-Zürich sind auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. OGer ZH PS110149 vom 23. August 2011 E. 3.). Parteientschädigungen sind keine auszurichten.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Juli 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.

4. Die Kosten des Konkursamtes Oerlikon-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 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. 400.– auszuführen.
6. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 11 (je inkl. Beilagenverzeichnis), 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am:
11. August 2017