

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220100-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 27. Juni 2022

in Sachen

A. _____ SA,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Juni 2022 (EK220724)

Erwägungen:

I.

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 2. Juni 2022 für eine Forderung von Fr. 2'150.– zzgl. 5% Zins seit 17. Februar 2022 sowie Fr. 135.70 ohne Zins und Fr. 146.60 Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 4) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) den Konkurs (act. 7/10 = act. 6). Nach gescheiterter Zustellung mit eingeschriebener Postsendung erfolgte am 7. Juni 2022 die Zustellung des Urteils mit A-Post an C._____ – einziges Mitglied des Verwaltungsrates der Schuldnerin mit Einzelzeichnungsberechtigung (vgl. act. 4/2) –, welcher das Urteil eigenen Angaben zufolge am 8. Juni 2022 erhalten hat (vgl. act. 13 und act. 2 S. 3).

2. Gegen das Konkurseröffnungsurteil erhob C._____ mit überbrachter Eingabe vom 16. Juni 2022 hierorts Beschwerde (act. 2 inkl. Beilagen act. 4/2-6). Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Zur Begründung brachte er vor, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung sei bereits am 24. Mai 2022 und damit noch vor Konkursöffnung an das Betreibungsamt Zürich 4 zuhanden der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin bezahlt und auch die Verfahrenskosten seien sichergestellt worden (act. 2 S. 5 f. und act. 4/3-4).

3. Mit Verfügung der Kammer vom 17. Juni 2022 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Da die Schuldnerin den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in der üblichen Höhe von Fr. 750.– bereits geleistet hatte (act. 4/5), erübrigte sich die Fristansetzung zu dessen Leistung.

4. Die erstinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 7/1-14). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. Der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel von act. 2 zuzustellen.

II.

1.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre 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 (Art. 174 Abs. 1 SchKG; das in Abweichung des sonst geltenden Ausschlusses aller neuen Behauptungen gemäss Art. 326 ZPO) oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Hat sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkursöffnung verwirklicht, so wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen (vgl. OGerZH PS140043 vom 7. März 2014, E. II.2). Dass die Schuldnerin in dieser Konstellation die Kosten des Konkursgerichtes (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkursöffnung sichergestellt hat, bleibt dabei nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79).

1.2 Die Beschwerde kann des Weiteren auch mit einem Verfahrensfehler des Konkursgerichts begründet werden (Art. 320 ZPO; KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Auflage 2014, Art. 174 N 7).

2. Die Schuldnerin macht geltend, sie sei zur Konkursöffnungsverhandlung nicht vorgeladen worden bzw. habe nie eine Vorladung erhalten (act. 2 S. 3). Damit moniert sie, zur Verhandlung des Konkursgerichts nicht korrekt vorgeladen worden zu sein.

3.1 Aus den vorinstanzlichen Akten ist ersichtlich, dass die der Schuldnerin an ihren Sitz an der D. _____-str. 2 in ... Zürich mit Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur Konkursverhandlung nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist von der Post mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert wurde

(act. 7/8). Die zweite Zustellung erfolgte mit A-Post und wurde mit dem Vermerk der Post "Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden" an die Vorinstanz retourniert (act. 7/9).

3.2.1 Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, durch den Gemeindeammann oder durch die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG). Die Zivilprozessordnung sieht in Art. 141 Abs. 1 bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen auch die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt vor.

3.2.2 Stellt das Gericht eine Vorladung, eine Verfügung oder einen Entscheid durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Diese sogenannte Zustellfiktion greift nur, sofern ein Prozessrechtsverhältnis besteht. Dieses entsteht erst mit der Rechtshängigkeit und verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem 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 von behördlichen Akten gerechnet werden muss.

Die Zustellung der Konkursandrohung an eine Schuldnerin durch das Betreibungsamt begründet nach konstanter Gerichtspraxis mit Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis (vgl. BGer 5A_895/2011 vom 6. März 2012, E. 3.1 f.) und damit keine Pflicht der Schuldnerin, dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Entscheide zugestellt werden können. Daher kann die Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung, welche die Vorinstanz zuhanden der Schuldnerin ein Mal erfolglos mit Gerichtsurkunde versandt hat (act. 7/8), nicht fingiert werden und ihrerseits auch kein Prozessrechtsverhältnis begründen. Dies gilt auch für den zweiten Zustell-

versuch, welcher entgegen den gesetzlichen Zustellformen nach Art. 138 Abs. 1 ZPO und § 121 GOG nur mit A-Post erfolgte und ebenfalls scheiterte (act. 7/9). Es braucht grundsätzlich drei formelle Versuche auf zwei verschiedenen Wegen damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf (vgl. dazu OGerZH PS190145 vom 23. September 2019, E. 6a m.w.H.) und hernach die Publikation gemäss Art. 141 ZPO erfolgen kann. All dies ist vorliegend nicht geschehen. Die Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung gilt aus diesem Grund nicht als zugestellt.

3.2.3 Die fehlende Kenntnis des Verhandlungstermins hatte zur Folge, dass die Parteien an der Teilnahme am Konkursöffnungsverfahren und der Wahrung ihrer Prozessrechte gehindert waren. Insbesondere blieb der Schuldnerin verwehrt, spätestens an der Konkursöffnungsverhandlung durch Urkunden zu belegen, dass sie die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bereits getilgt hat, womit sie die Konkursöffnung hätte abwenden können. Allein dieser Verfahrensfehler hätte wegen der Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO) zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides geführt (zum Materiellen nachstehend Ziff. II.4).

4. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaligem Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich: Die Schuldnerin hat im Rechtsmittelverfahren nachgewiesen, die Konkursforderung bereits am 24. Mai 2022 und damit noch vor der Konkursöffnung bezahlt zu haben (act. 2 S. 5). Sie belegt dies mit Einreichung der Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4, wonach am 24. Mai 2022 in der Betreuung Nr. 1 eine Zahlung von Fr. 2'473.25 erfolgt ist (act. 4/3). Zwar ist dieses Dokument nicht unterzeichnet, jedoch hat das Betreibungsamt Zürich 4 auf Nachfrage bestätigt, dass die Zahlung geleistet wurde und die Betreuung erledigt ist (act. 9, vgl. auch act. 7/14).

Auch die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes konnte die Schuldnerin innert der Beschwerdefrist mit Urkunde nachweisen (wenn auch dies in der vorliegenden Konstellation wie nachfolgend unter Ziff. III dargelegt ohne Belang ist). Gemäss Bestätigung des Konkursamtes Aus-

sersihl-Zürich vom 16. Juni 2022 wurde gleichentags ein Vorschuss in Höhe von Fr. 1'200.– geleistet, welcher die aufgelaufenen Kosten des Konkursverfahrens inkl. der Kosten der Vorinstanz für die Konkurseröffnung zu decken vermag (act. 4/4).

Die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt. Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf.

III.

1. Die Vorinstanz zeigte den Parteien an, dass bei einer Verfahrenserledigung vor bzw. anlässlich der Verhandlung (Rückzug des Konkursbegehrens oder Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes) nur eine reduzierte Gebühr von Fr. 200.– zu zahlen sei (act. 7/6 Ziff. 5). Die vorinstanzliche Spruchgebühr ist deshalb auf Fr. 200.– zu reduzieren und der Schuldnerin aufzuerlegen, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Die Vorinstanz ist anzuweisen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– der Schuldnerin auszusahlen. Die dem Konkursamt Aussersihl-Zürich allenfalls entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen, da die Säumnis der Schuldnerin diese Kosten in der vorliegenden Situation (in welcher die Vorinstanz den Konkurs nicht hätte eröffnen dürfen) nicht adäquat verursacht hat (vgl. OGerZH PS180031 vom 21. März 2018, E. 6a; OGerZH PS180180 vom 10. Oktober 2018, E. III.1). Das Konkursamt Aussersihl-Zürich 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 dem Einzelgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 800.– zurückzuerstatten.

2.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben (vgl. OGerZH PS180031 vom 21. März 2018, E. 6b).

2.2 Die Schuldnerin beantragte Kosten- und Entschädigungsfolgen "zu Lasten der Beschwerdeführerin" (act. 2 S. 2). Dabei dürfte es sich um einen Verschrieb handeln und die Beschwerdegegnerin gemeint sein. Die Kosten fallen wie gesehen indes ohnehin ausser Ansatz, und betreffend Entschädigung ist festzuhalten, dass eine Umtriebsentschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nur in besonderen Fällen geschuldet ist. Die Umtriebe, für welche eine Entschädigung beantragt wird, wären näher zu plausibilisieren, d.h. zu substantzieren und gegebenenfalls zu belegen (ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 3. Aufl. 2016, Art. 95 N 30). Die Schuldnerin beziffert weder ihre Umtriebe noch trägt sie dazu irgendetwas vor. Unter diesen Umständen kommt die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung zu Lasten der Beschwerdegegnerin nicht in Frage.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Juni 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes Aussersihl-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
5. 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 Einzelgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 800.– auszuzahlen.
6. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich wird angewiesen, der Schuldnerin Fr. 200.– zu überweisen.

7. Es wird keine Parteientschädigung 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 Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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 Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
28. Juni 2022