

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140211-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 9. September 2014

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur.
X2._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch ...verband ...,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 14. August 2014 (EK141065)

Erwägungen:

1.

Mit Urteil vom 14. August 2014 eröffnete das Bezirksgericht Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Schuldnerin) (act. 3 = act. 8/9). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin am 20. August 2014 zugestellt (act. 8/12). Mit Eingabe vom 26. August 2014 erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde gegen die Konkurseröffnung und stellte das Begehren, das Urteil sowie die Konkurseröffnung vom 14. August 2014 seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. Zudem stellte sie den Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2). Mit Verfügung vom 27. August 2014 erteilte die Kammer der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung und verpflichtete die Schuldnerin zur Leistung eines Vorschusses für das Beschwerdeverfahren von CHF 750.00 (act. 10). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 14). Am Montag 1. September 2014 – und damit noch innerhalb der Beschwerdefrist – ergänzte die Schuldnerin die Beschwerde (act. 12). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

Die Schuldnerin bringt im Wesentlichen vor, sie habe vom Konkursverfahren erstmals mit Zustellung des Urteils vom 14. August 2014 Kenntnis erhalten. Die eingeschrieben am 16. Juli 2014 versandte Vorladung zur Konkursverhandlung sei ihr nicht zugestellt worden und sei mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an das Gericht zurückgegangen. Den Akten sei zu entnehmen, dass das Gericht offenbar eine zweite Zustellung per A-Post in die Wege geleitet habe. Ob die Sendung tatsächlich verschickt worden sei, sei der Schuldnerin nicht bekannt. Jedenfalls sei die Vorladung nicht bei ihr angekommen. Da die Schuldnerin am vorinstanzlichen Verfahren folglich nicht teilnehmen können, sei das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Schuldnerin habe die der Konkurseröffnung

zugrundeliegende Forderung samt Zinsen und Kosten getilgt und auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes sichergestellt. Damit sei der Konkurs hinderungsgrund der Tilgung erfüllt, weshalb der Konkurs aufzuheben sei.

3.

3.1. Die am 13. Juni 2014 zugestellte Konkursandrohung (act. 8/3/2) begründet für das gerichtliche Konkursverfahren kein Prozessrechtsverhältnis. In Bezug auf die Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung greift die Zustellungsfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO deshalb nicht (BGE 138 III 225). Die Vorladung zur Konkursverhandlung wurde dem Gericht mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurückgesendet, erreichte die Schuldnerin also nicht. Die A-Post-Zustellung ist nicht nachgewiesen (act. 8/8). Somit erhielt die Schuldnerin erstmals mit Zustellung des Urteils vom 14. August 2014 Kenntnis vom Verfahren. Da sie am Konkursverfahren nicht teilnehmen konnte, ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben.

3.2. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz entfällt, wenn im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides die Voraussetzungen zur Konkurseröffnung (Art. 171 SchKG) nicht erfüllt sind. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ist in diesem Fall nicht erforderlich (Art. 172 Ziff. 3 SchKG; OGerZH, II. ZK, PS140029 vom 6. März 2014).

Die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung wurde von der Schuldnerin mit Valuta 26. August 2014 samt Zins und Betreuungskosten bezahlt (act. 5/10). Die Kosten für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren sowie für das konkursamtliche Verfahren wurden gleichentags beim Konkursamt ...-Zürich hinterlegt (act. 5/11 und 9). Die Voraussetzungen zur Konkurseröffnung im Sinne von Art. 171 SchKG sind somit nicht erfüllt, weshalb der Konkurs aufzuheben ist.

4.

Die erstinstanzliche Spruchgebühr ist der Schuldnerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursachte. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Kosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die Kosten des Konkursamtes sind auf die Staatskasse zu nehmen (OGerZH PS110149 vom 23. August 2012). Der Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihr keine Aufwendungen entstanden sind. Der Beschwerdeführerin ist trotz Obsiegens keine Parteientschädigung zuzusprechen. Eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdegegnerin entfällt, da diese sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert hat (OGerZH, PF110070 vom 23. Februar 2012). Eine solche zu Lasten des Staates kann nicht zugesprochen werden; zwar ist es ständige Praxis, dass die Konkursandrohung kein Prozessrechtsverhältnis für das Verfahren der Konkurseröffnung begründe - es wird aber auch eine differenzierte Meinung vertreten (KuKo SchKG 2. Aufl., Art. 168 N. 2), und der aufzuhebende Entscheid ist von da her nicht "offensichtlich unbegründet" (dazu im Einzelnen OGerZH PQ140037 vom 28. Juli 2014, Erw. 3.1).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich vom 14. August 2014, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf CHF 400.00 festgelegt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes ...-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Das Konkursamt ...-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 3'200.00 (CHF 1'800.00 Zahlung der Schuldnerin und

Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin CHF 1'800.00 und der Schuldnerin CHF 1'400.00 auszuführen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt ...-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich ..., je gegen Empfangsschein.
7. 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:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: