

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150181-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 13. Oktober 2015

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Sammelstiftung BVG der B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. September 2015 (EK151452)

Erwägungen:

1.

Mit Urteil vom 16. September 2015 eröffnete das Bezirksgericht Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Schuldnerin) (act. 3 = act. 6 = act. 7/11). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin zunächst unvollständig und am 28. September 2015 in vollständiger Fassung zugestellt (act. 7/6, 7/8, 7/10 und 7/12). Mit Eingabe vom 6. Oktober 2015 erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde gegen die Konkursöffnung und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Für das Beschwerdeverfahren leistete die Schuldnerin einen Vorschuss von CHF 750.00 (act. 2 S. 7 und act. 9). Mit Verfügung vom 7. Oktober 2015 erteilte die Kammer der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung (act. 12). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

Die Schuldnerin bringt vor, sie sei von der Vorinstanz ungenügend vorgeladen worden. Die Vorladung sei der Schuldnerin von der Post zur Abholung im Zeitraum 24. August 2015 bis 31. August 2015 gemeldet worden. Da während dieser Zeit die ganze Belegschaft bei einem Kunden in Lübeck gewesen sei, sei die Vorladung als "nicht abgeholt" an das Gericht zurückgesendet worden. Von der Konkursöffnung habe die Schuldnerin erstmals Kenntnis erlangt, als sie durch das Konkursamt Riesbach-Zürich bezüglich der Konkurseinvernahme kontaktiert worden sei.

Die Schuldnerin habe die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung im Umfang von CHF 5'000.00 bezahlt und im Restbetrag (CHF 18'831.20) bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 2 S. 12). Zudem habe sie die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren sowie des Konkursamtes durch Zahlung von CHF 800.00 an das Konkursamt Riesbach-Zürich hinterlegt. Aus diesen Gründen sei der Konkurs ohne Rückweisung an die Vorinstanz durch das Obergericht auf-

zuheben. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass die Schuldnerin zahlungsfähig sei.

3.

3.1. Die am 13. Juli 2015 zugestellte Konkursandrohung (act. 7/2/2) begründete 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. 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 die Schuldnerin 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; OGer ZH, II. ZK, PS140029 vom 6. März 2014).

Die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung beträgt CHF 22'175.50 nebst Zins zu 4.5% seit 1. Januar 2015 plus CHF 500.00, was im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Konkurseröffnung vom 16. September 2015 einem Betrag von total CHF 23'380.85 entspricht. Die Schuldnerin hat der Gläubigerin am 21. September 2015 CHF 5'000.00 überwiesen (act. 5/25) und am 1. Oktober 2015 bei der Obergerichtskasse den Betrag von CHF 18'831.20 hinterlegt (act. 10). Damit ist die Forderung der Gläubigerin mehr als gedeckt. Die Kosten für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren sowie für das konkursamtliche Verfahren wurden gleichentags beim Konkursamt Riesbach-Zürich durch Zahlung von CHF 800.00 hinterlegt (act. 33/5). 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 (vgl. OGer ZH PS110149 vom 23. August 2012). Der Schuldnerin ist trotz Obsiegens keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sich die Gläubigerin nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert hat (vgl. OGer ZH, PF110070 vom 23. Februar 2012).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich vom 16. September 2015, 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 Riesbach-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, der Schuldnerin den von ihr geleisteten Vorschuss von CHF 750.00 zurückzubezahlen.
5. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 2'200.00 (CHF 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 400.00 auszuzahlen.
6. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen von dem von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von CHF 18'831.20 der Gläubigerin CHF 18'380.85 und der Schuldnerin CHF 450.35 auszubezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am:
13. Oktober 2015