

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 18. Februar 2016

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____Sammelstiftung für die obligatorische berufliche Vorsorge,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B1._____ Leben AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Januar 2016 (EK152276)

Erwägungen:

1.

Mit Urteil vom 26. Januar 2016 eröffnete das Bezirksgericht Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Schuldnerin) (act. 3 = act. 8/5). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin am 28. Januar 2016 zugestellt (act. 8/7). Mit Eingabe vom 1. Februar 2016 (Datum Poststempel) erhob sie dagegen rechtzeitig Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2):

Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben, und insbesondere die Konkurseröffnung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, eine neue Konkursverhandlung anzusetzen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zugunsten der Beschwerdeführerin.

Zudem stellte sie Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 4). Mit Verfügung vom 3. Februar 2016 erteilte die Kammer der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung. Sodann wurde der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Gläubigerin) Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 9). Mit Eingabe vom 12. Februar 2016 verzichtete die Gläubigerin auf eine Stellungnahme (act. 11). Am 16. Februar 2016 teilte sie mit, die Schuldnerin habe am 20. Januar 2016 CHF 3'500.00 und am 12. Februar 2016 CHF 14'350.00 bezahlt (act. 12). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

Die Schuldnerin bringt vor, sie habe keine Kenntnis von der Konkursverhandlung vom 26. Januar 2016 gehabt. Die eingeschrieben versendete Vorladung habe sie nicht in Empfang genommen, eine A-Post-Sendung habe sie nie erreicht (act. 2).

3.

Die am 11. September 2015 zugestellte Konkursandrohung (act. 8/2/2) 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 (act. 8/4), erreichte die Schuldnerin also nicht. Die A-Post-Zustellung (vgl. Vermerk auf Kuvert, act. 8/4) ist nicht nachgewiesen. Somit lässt sich nicht nachweisen, dass die Schuldnerin vor der Zustellung des Urteils vom 26. Januar 2016 Kenntnis vom Verfahren erhielt. Da unter diesen Umständen davon auszugehen ist, dass sie am Konkursverfahren nicht teilnehmen konnte, ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben.

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).

Zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides betrug die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung CHF 24'536.85 zuzüglich Zins zu 5% seit 30. April 2015, abzüglich von zwei Zahlungen von je CHF 4'000.00. Diese waren am 7. und am 16. Oktober 2015 geleistet worden (act. 3 S. 1). Unter Berücksichtigung der weiteren Zahlungen von CHF 3'500.00 vom 20. Januar 2016 und von CHF 14'350.00 vom 12. Februar 2016 (act. 12) ist die Forderung einschliesslich Zins vollumfänglich getilgt. Die Voraussetzungen zur Konkurseröffnung im Sinne von Art. 171 SchKG sind somit nicht erfüllt, weshalb der Konkurs aufzuheben ist.

4.

Die erstinstanzliche Spruchgebühr ist zu bestätigen und 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 Gläubigerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihr keine erheblichen Aufwendungen entstanden sind, die abzugelten wären. Für das Beschwerdeverfahren ist der Schuldnerin trotz Obsiegens keine Parteientschädigung zuzusprechen. Eine Parteientschädigung zu Lasten der Gläubigerin 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 begründet - 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 Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Januar 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf CHF 400.00 festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt. Sie wird mit dem von der Gläubigerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Schuldnerin wird verpflichtet, der Gläubigerin CHF 400.00 zu bezahlen.
3. Die Kosten des Konkursamtes Aussersihl-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, der Gläubigerin CHF 1'400.00 (Rest des von der Gläubigerin vor Vorinstanz geleisteten Vorschusses von CHF 1'800.00) zu überweisen.
5. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin unter Beilage je eines Doppels von act. 11 und 12, 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.
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:
19. Februar 2016