

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180137-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 9. August 2018

in Sachen

A. _____,

Gläubigerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ **AG**,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 13. Juli 2018 (EK180923)

Erwägungen:

1. Am 13. Juli 2018 erliess die Konkursrichterin in Sachen der Parteien ein Urteil. "Betreffend Konkursöffnung (Betr. 171'611 / KA 26.10.2017)" erwog sie "Da die in Betreuung gesetzte Forderung samt Zins und Kosten bezahlt worden ist" und entschied "1. Das Konkursbegehren wird abgewiesen". Die Kosten auferlegte sie der Schuldnerin, zu einer Parteientschädigung äusserte sie sich nicht (act. 4/19 = act. 3). Das Urteil ging der Zustellbevollmächtigten der Gläubigerin am 16. Juli 2018 zu (act. 4/21).

Mit Eingabe vom 20. Juli 2018, zur Post gegeben am 21. Juli 2018, wendet sich die Gläubigerin an die Kammer. Sie ersucht um Zustellung der Originalbelege für eine Zahlung durch die Bank der Schuldnerin. Eine Zahlung "von anderer Stelle" würde ihrer Auffassung nach bedeuten, dass der Konkurs ausgesprochen werden müsste (act. 2). Sinngemäss findet sie offenbar, das Konkursbegehren hätte nicht abgewiesen werden dürfen, und das Obergericht müsse den Konkurs eröffnen.

Die Eingabe der Gläubigerin wurde als Beschwerde entgegen genommen. Auf einen Kostenvorschuss wurde verzichtet. Die Akten des Konkursgerichts wurden beigezogen und durch die Akten des Betreibungsamtes und durch Unterlagen der Gläubigerin selbst noch vervollständigt. Weitere Verfahrensschritte sind nicht erforderlich.

2. Die Kürzest-Begründung des angefochtenen Urteils sagt, die in Betreuung gesetzte Forderung sei samt Zins und Kosten bezahlt worden. Dem widerspricht die Gläubigerin nicht. Sie möchte nur wissen, wer bezahlt hat - weil sie offenbar der Meinung ist, Zahlung durch einen Dritten wäre nicht gültig.

Die Auffassung der Gläubigerin ist irrtümlich. Nach Art. 68 Abs. 1 OR muss ein Schuldner seine Schuld nur dann persönlich erfüllen, wenn es für die Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Das ist etwa der Fall, wenn man eine Schauspielerin oder einen Musiker, eine Anwältin oder einen Arzt engagiert. Geldleistungen müssen aber jedenfalls nach der allgemeinen Auffassung, welche dem

Gesetz zugrunde liegt, nicht persönlich erfüllt werden - ganz abgesehen davon, dass man es dem Geld ja auch nicht ansieht, wenn es der Schuldner unmittelbar vor der physischen Übergabe oder vor der Überweisung auf das Konto des Gläubigers von einem Dritten erhalten hat (was wiederum der Normalfall ist: die wenigsten Personen können für ihre Verpflichtungen aus einem beliebig grossen Geldvorrat zehren; sie sind vielmehr darauf angewiesen, dass ihnen immer wieder der Arbeitslohn, die laufende Rente oder Erträge aus ihrer beruflichen Tätigkeit zufließen).

Kommt es nur darauf an, dass die Gläubigerin das ihr von der Schuldnerin geschuldete Geld erhalten hat (und das bestreitet sie nicht), ist ihre Beschwerde nicht begründet. Die Konkursrichterin durfte ohne Nachforschungen nach der Herkunft des Geldes annehmen, dass "die Schuld [...] getilgt [war]" (Art. 172 Ziff. 3 SchKG; typischerweise verwendet das Gesetz die unbestimmte Formulierung und verlangt nicht, dass "der Schuldner getilgt hat"). Damit war das Konkursbegehren abzuweisen (SchKG a.a.O.). Richtigerweise hat die Konkursrichterin zudem die Kosten der Schuldnerin auferlegt (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beschwerde ist insoweit abzuweisen.

Die Gläubigerin schreibt, wenn die Zahlung nicht korrekt (nach ihrer Auffassung also nicht unmittelbar durch die betriebene Schuldnerin) erfolgt wäre, müsste der Konkurs eröffnet werden. Auch das beruht auf einem Irrtum. Das Gesetz gibt der Gläubigerin zwar das Recht, die Konkursöffnung zu verlangen, aber nur als Mittel zum Zweck: damit die Schuld bezahlt werde. Daran, dass die Schuldnerin darüber hinaus sozusagen zur Strafe für ihre schlechte Zahlungsmoral konkursrechtlich liquidiert und dann im Handelsregister gelöscht werde, hat die Gläubigerin kein rechtlich geschütztes Interesse. (Ganz abgesehen davon liefe das auch ihrem ökonomischen Interesse zuwider: Wenn der Schuldner den Konkurs in letzter Minute durch Zahlung abwendet, erhält der Gläubiger auf Heller und Pfennig alles, was ihm zusteht. In einem Konkurs fällt für die Gläubiger in aller Regel nur ein kleiner Bruchteil ihres Guthabens ab, denn das ist der häufigste Grund für den Konkurs: dass nicht genug Geld da ist, um alle Schulden zu bedie-

nen). Insoweit ist auf die Beschwerde mangels Interesses nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

3. Es ist allerdings doch noch auf einige Besonderheiten des Verfahrens einzugehen:

3.1 Vorweg fällt auf, dass dem angefochtenen Entscheid nicht entnommen werden kann, was bezahlt wurde; weder wird der Betrag genannt, noch wird nachvollziehbar erläutert, weshalb damit die Zahlung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG erfolgte. Das genügt den Anforderungen an die gesetzliche Begründung nicht (Art. 238 lit. g ZPO). Offenbar war es dem Konkursgericht dann hinterher doch nicht recht wohl bei der Sache, denn erst auf die Beanstandung des Obergerichts hin (act. 5 und 7) wurde die erforderliche Rechnung angestellt und beim Betreibungsamt erfragt, ob die Zahlung tatsächlich erfolgt und ausreichend gewesen sei (act. 17A, datiert am 26. Juli 2018 und falsch akturiert, nämlich *vor* der Quittung für die Verfahrenskosten [act. 18] und *vor* dem angefochtenen Urteil [act. 19]). Immerhin: Der bezahlte Betrag stimmt. Die in der Konkursandrohung enthaltenen Beträge und Zinsen (vier Mal Fr. 2'495.-- mit Zinsen zu 5% seit dem 5. Juni 2014 und je einen Monat später, ferner Fr. 184.20 Betreuungskosten) belaufen sich bis zur Zahlung auf Fr. 12'151.--, und mit der Inkassogebühr des Betreibungsamtes von 5 o/oo (Art. 19 GebV SchKG; vom Konkursgericht in seiner nachträglich erstellten Rechnung act. 17A fälschlicherweise nicht berücksichtigt) ergibt das gesamthaft Fr. 12'212.-- gegenüber den tatsächlich bezahlten Fr. 12'214.-- (act. 17).

Wenn die Gläubigerin die Richtigkeit und Vollständigkeit hätte bestreiten wollen, wäre eine Überprüfung des Urteils durch das Obergericht aus einem weiteren Grund nicht möglich gewesen: Die Gläubigerin hatte mit ihrem Konkursbegehren unter anderem den Zahlungsbefehl und namentlich die Konkursandrohung eingereicht; die letztere definiert, mit welcher Zahlung der Schuldner den Konkurs abwenden kann (act. 4/1, Auflistung der Beilagen). Das wurde nirgends in den Akten des Konkursgerichts so erfasst. Mit dem angefochtenen Urteil schickte das Konkursgericht die beiden genannten Dokumente an die Gläubigerin zurück. Erst als das Obergericht die Akten anforderte, erstellte das Konkursgericht ein Akten-

verzeichnis - allerdings ein falsches, denn die zurück gesandten Urkunden fanden sich darin nicht. Auf die entsprechende Beanstandung hin machte das Konkursgericht die Dokumente vom Betreibungsamt erhältlich und erstellte ein neues Aktenverzeichnis (vorne im Dossier EK180923) - allerdings wieder ein falsches, denn wie das Gericht selbst schreibt, sind diese beiden Papiere (welche sodann in zwei Varianten [das Exemplar für den Schuldner resp. das für den Gläubiger] mit den Aktennummern 2/1/1 und 2/1/2 resp. 2/2/1 und 2/2/2 aufgenommen wurden) gerade nicht die von der Gläubigerin eingereichten; das der Gläubigerin zugestellte Exemplar des Zahlungsbefehls dürfte etwa unten auf der zweiten Seite eine Bemerkung zum Rechtsvorschlag erhalten haben (act. 11). Auch das Datum stimmt nicht - der durch das Gericht in die Akten gelegte Zahlungsbefehl trägt das Datum vom 30. August 2017, wogegen die Gläubigerin ihn auf den 27. September 2017 datierte (act. 4/1). Eine Verwechslung mit dem Datum des Betreibungsbegehrens ist nicht wahrscheinlich, denn dieses datiert vom 28. August 2017 (act. 10/2, vom Betreibungsamt dem Obergericht eingereicht). Der Widerspruch kann nicht aufgeklärt werden.

Das Obergericht hat eine Verordnung erlassen, wie die Akten der Gerichte zu behandeln sind (Akturierungsverordnung, LS 212.513). Sie gilt auch für Abteilungen mit einer grossen Zahl von Geschäften. Das Konkursgericht wird der Verordnung künftig Rechnung zu tragen haben. Insbesondere geht es nicht an, von einer Partei eingereichte Dokumente hinterher durch andere (wenn auch ähnliche) zu ersetzen und nachträglich Unterlagen zu erstellen, die entgegen der Chronologie im zeitlichen Ablauf eingefügt werden, wie sie hätten erstellt werden sollen, aber gar nicht erstellt worden waren. Solche Unkorrektheiten dürfen in einem staatlichen Verfahren nicht vorkommen.

3.2 Das Konkursgericht hatte zur Verhandlung über die Konkursöffnung vorgeladen. Dem angefochtenen Urteil und den Akten war nichts darüber zu entnehmen, ob an dem Termin jemand erschienen war. Nachträglich verfasste eine Kanzleiangestellte aus dem Gedächtnis eine Notiz. Danach sind beide Parteien erschienen, wurden aber von der Angestellten wieder fortgeschickt (act. 4/26).

Das Vorgehen ist unstatthaft. Wenn das Gericht vorlädt und die Parteien erscheinen, hat die Richterin sie zu empfangen und anzuhören (*OGerZH* NN010047 vom 22. Juni 2001 = ZR 101/2002 Nr. 17), und darüber ist Protokoll zu führen (Art. 235 ZPO). Eine Verschiebung der Konkursöffnung durch die Kanzlei ist nicht zulässig, auch wenn sie im Interesse beider Seiten liegen mag.

3.3 Wenn ein Vertreter der weit entfernt wohnenden Gläubigerin zum Termin erschien, drängte sich die Frage auf, ob er eine Entschädigung beanspruche (Art. 56 ZPO). Daran liess es das Konkursgericht fehlen - aus prozessualen Gründen hat es allerdings keine Konsequenzen: mit der Beschwerde musste die Gläubigerin ihre Anträge abschliessend formulieren (Art. 321 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 321 Abs. 2 ZPO). Dort hat sie keine Änderung des angefochtenen Urteils in diesem Punkt verlangt, auch wenn es aussichtsreich gewesen wäre (dazu ZR 100/2001 Nr. 27). Die Beschwerdefrist lief bis zum 26. Juli 2018 (act. 4/21). Mit der vom "29./30.7.2018" datierten und dem Obergericht am 31. Juli 2018 zugesandten Eingabe (act. 14 in Verbindung mit act. 13) ist der Antrag auf Zusprechung einer Entschädigung verspätet.

4. Angesichts der sehr speziellen Verhältnisse sind für dieses Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben.

Eine Entschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen: der Gläubigerin nicht, weil sie nicht obsiegt, der Schuldnerin nicht, weil sie mit dem Verfahren keine Aufwendungen hatte.

5. Die Gläubigerin ersucht um Rücksendung des dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses. Das Rechnungswesen des Bezirksgerichts Zürich hatte ihr angekündigt, die Zentrale Inkassostelle der Gerichte werde das tun (act. 12/2). Nach telefonischer Auskunft der Bereichsleiterin Rechnungswesen des Bezirksgerichts ist das falsch (act. 16). Die von der Gläubigerin angegebene Kontonummer wurde daher dem Rechnungswesen des Bezirksgerichts übermittelt. Dieses wird die Zahlung ausführen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, ferner an das Betreibungsamt Zürich 7, alles gegen Empfangsschein.

Nach Ablauf der Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht werden die eingelegten Akten den jeweiligen Einlegern retourniert werden.

5. 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:

MLaw C. Funck

versandt am:
9. August 2018