

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180165-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 21. September 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. August 2018 (EK181137)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom 16. August 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 10'814.35 nebst Zins zu 5 % seit 14. März 2018, abzüglich einer am 25. Juni 2018 geleisteten Teilzahlung von Fr. 7'581.15, sowie für Fr. 315.60 Betreuungskosten, Fr. 50.– Mahnkosten und Fr. 254.28 aufgelaufenen Verzugszins (act. 3 = act. 7 = act. 8/8; Betreuung Nr. ...).

1.2. Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 1. September 2018 (Poststempel) rechtzeitig Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses. Ferner stellte sie ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 4. September 2018 wurde diesem Gesuch entsprochen und der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 9). Diese ging am 11. September 2018 (Poststempel) fristgerecht ein (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-14).

2.

2.1. Die Schuldnerin macht geltend, ihr sei die Vorladung zur Konkursverhandlung gar nie zugestellt worden (vgl. act. 2 S. 3).

2.2. Die Beschwerde kann u.a. mit einem Verfahrensfehler des Konkursgerichts – wie z.B. die nicht oder nicht richtige Vorladung zur Verhandlung des Konkursrichters – begründet werden (Art. 320 ZPO; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7).

2.3. Aus den vorinstanzlichen Akten und dem eingereichten Sendungsverlauf der Post ist ersichtlich, dass die der Schuldnerin mit Gerichtsurkunde zugesandte Vorladung zur Konkursverhandlung nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist von der Post mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 5/3-4; act. 8/7/1-2). Gemäss Vermerk auf dem retournierten Couvert wurde der Schuldnerin die Vorladung am 30. Juli 2018 noch per A-Post zugesandt

(act. 8/7/1). Ob sie diese erhalten hat, ist nicht ersichtlich. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich somit nicht, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden konnte. Auch greift die Zustellfiktion von Art. 138 ZPO nicht, da die Schuldnerin in jenem Zeitpunkt nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste. Insbesondere vermag die Zustellung der Konkursandrohung an die Schuldnerin noch kein Prozessrechtsverhältnis zu begründen, aufgrund dessen sie mit Zustellungen des Konkursgerichtes hätte rechnen müssen; das konkursrichterliche Verfahren wird vielmehr erst durch das Begehren des Gläubigers um Eröffnung des Konkurses - als neues Verfahren - in die Wege geleitet (vgl. OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018 E. 4b; BGE 138 III 225). Die Vorladung gilt damit als nicht zugestellt. Indem die Vorinstanz die Konkursöffnung aussprach, obschon die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. Da die Konkursöffnung wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben ist, ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin (Art. 174 Abs. 2 SchKG) im Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 12).

2.4. An sich wäre die Sache zur Wiederholung der Konkursverhandlung und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Davon kann vorliegend jedoch abgesehen werden. Gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes vom 30. Juli 2018 betrug die zu diesem Zeitpunkt noch offene Konkursforderung samt Zinsen und Betreibungskosten Fr. 4'016.03 (act. 5/8). Aus den eingereichten Kontobelegen ergibt sich, dass die Schuldnerin am 31. Juli 2018 eine Zahlung über Fr. 6'369.23 an das Betreibungsamt getätigt hatte, wobei sie als Zahlungsgrund (u.a.) die der Konkursöffnung zugrunde liegende Betreibung Nr. ... vermerkt hatte (vgl. act. 5/6-7). Im Betreibungsregisterauszug vom 21. August 2018 erscheint die genannte Betreibung mit dem Vermerk "Bezahlt (an Betreibungsamt)" (vgl. act. 5/10). Die Gläubigerin bestritt in ihrer Beschwerdeantwort die Behauptung der Schuldnerin nicht, sie habe die Forderung vollständig getilgt, sondern führte lediglich aus, per 9. August 2018 habe sie eine Zahlung von Fr. 4'018.83 erhalten (act. 13). Demnach wurde die Konkursforde-

zung samt Zinsen und Kosten nach Einreichung des Konkursbegehrens vom 11. Juli 2018 (act. 5/2) getilgt. Das Konkursgericht hatte den Parteien angezeigt, dass bei einer Verfahrenserledigung vor bzw. an der Verhandlung eine reduzierte Gebühr von Fr. 200.– bis zum Verhandlungstermin zu zahlen sei (act. 8/4-5 Ziff. 5). Die Schuldnerin hat auch diesen Betrag innert der Beschwerdefrist beim Konkursamt sichergestellt (act. 11-12). Damit sind die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr erfüllt (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Entscheid daher aufzuheben, und das Konkursbegehren ist abzuweisen.

3.

3.1. Da das Konkursbegehren vor Durchführung einer erstinstanzlichen Konkursverhandlung abzuweisen ist, ist die vorinstanzliche Spruchgebühr auf Fr. 200.– festzusetzen (vgl. act. 8/4-5 Ziff. 5). Entgegen den Vorbringen der Schuldnerin (act. 2 S. 7 f.) sind ihr diese Kosten aufzuerlegen, da ihre Zahlungsverweigerung das Konkursverfahren verursacht hat. Das Konkursgericht ist anzuweisen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– der Gläubigerin zurückzuerstatten. Die beim Konkursamt entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Das Konkursamt ist anzuweisen, den bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'600.– (Fr. 200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) an die Gläubigerin auszusahlen.

3.2. Kosten für das Beschwerdeverfahren sind nicht zu erheben, da diese ohne den Verfahrensfehler des Konkursgerichts nicht entstanden wären. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Staat schuldet in solchen Fällen keine Entschädigung, und eine Partei wird nur in dem Verhältnis entschädigungspflichtig, in welchem ihr Kosten auferlegt werden (Art. 106 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. August 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes werden auf die Staatskasse genommen.
4. Das Konkursgericht wird angewiesen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.- der Gläubigerin zurück zu erstatten.
5. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, den bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'600.– (Fr. 200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) an die Gläubigerin auszusahlen.
6. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage je einer Kopie von act. 11-12, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am:
21. September 2018