

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 6. März 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch B. _____,

gegen

C. _____ AG, ...,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 18. Januar 2024 (EK230612)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 18. Januar 2024 eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin des vorliegenden Verfahrens (fortan Beschwerdeführerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Geroldswil-Oetwil-Weiningen für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) von Fr. 183'978.80 nebst 5% Zins seit 15. Oktober 2020, Fr. 34'200.– Rechtsöffnungskosten und Fr. 413.60 Betreibungskosten (act. 7/10 = act. 4).

2.1 Dagegen erhob B._____ mit an die Vorinstanz adressierter Eingabe vom 19. Januar 2024 (Poststempel 20. Januar 2024) im Namen der Beschwerdeführerin Beschwerde (act. 3 und act. 5). Die Vorinstanz übermittelte die Eingabe dem für die Beschwerde zuständigen Obergericht (vgl. act. 2) zusammen mit den vorinstanzlichen Akten (act. 7/1-11). Die Akten des Betreibungsamtes Geroldswil-Oetwil-Weiningen wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 19; act. 21/1-8).

2.2 Die vorinstanzliche Zustellung des Konkurseröffnungsurteils an die Beschwerdeführerin war gescheitert (vgl. act. 7/11/1). Da ihr zuvor die Vorladung zur Verhandlung auf den 18. Januar 2024 hatte zugestellt werden können (vgl. act. 7/5 und act. 7/7), hat die Beschwerdeführerin mit weiteren gerichtlichen Zustellungen rechnen müssen, weshalb die gesetzliche Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift. Die Zustellung des Konkurseröffnungsurteils gilt somit am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, im vorliegenden Fall somit am 26. Januar 2024. Die zehntägige Beschwerdefrist endete folglich am 5. Februar 2024. Die Beschwerde erfolgte rechtzeitig.

3. Mit Verfügung der Kammer vom 24. Januar 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert. Die Beschwerdeführerin wurde – nach ausführlicher Erläuterung der gesetzlichen Konkurshindereungsgründe – darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der

Rechtsmittelfrist ergänzen könne. Weiter wurde der Beschwerdeführerin Frist angesetzt, um dem Gericht eine auf B. _____ lautende gültige Vollmacht einzureichen oder die Beschwerdeschrift vom 19. Januar 2024 ausdrücklich zu genehmigen, sowie um einen Vorschuss für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.– zu leisten (act. 9). Die Verfügung wurde der Beschwerdeführerin am 27. Januar 2024 zugestellt (act. 10/1). Gleichentags (Poststempel) reichte B. _____ weitere Eingaben (act. 11/1-2 inkl. Beilagen act. 12/1-9) und eine gültige Vollmacht ein (act. 13/1; vgl. act. 22 S. 2 f.). Am 30. Januar 2024 (Poststempel 29. Januar 2024) ging ein weiteres Schreiben von B. _____ ein (act. 15 und Beilagen act. 16/1-3). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 17).

4. Mit Schreiben vom 27. Januar 2024 liess die Beschwerdeführerin die Verlegung des Konkursverfahrens nach D. _____ beantragen (act. 18), welcher Antrag mit Verfügung vom 13. Februar 2024 abgewiesen wurde. Weiter wurde der Beschwerdegegnerin Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten und sich insbesondere unter Hinweis auf die Nichtigkeit einer Konkursöffnung für nicht in Betreuung gesetzte Forderungen zur Frage zu äussern, ob die Konkursandrohung und -eröffnung für "Rechtsöffnungskosten" in Höhe von Fr. 34'200.– die Gerichtsgebühr und Parteientschädigung aus dem Forderungsprozess zwischen den Parteien gemäss Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juli 2023 (Geschäft Nr. HG220025-O) betreffe (act. 22).

5. Die Beschwerdegegnerin liess innert Frist die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, beantragen (act. 24 S. 2 und Beilagen act. 26/2-4; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 23/2).

6. Das Verfahren ist spruchreif. Der Beschwerdeführerin ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel von act. 24 zuzustellen.

II.

1. In seinen Eingaben (act. 3, act. 11/1-2 und act. 15) umschreibt B. _____ seine Tätigkeit für die Beschwerdeführerin (act. 3), deren "chaotische Arbeits-

weise" sowie die Mitschuld der Beschwerdegegnerin am "Desaster" (act. 11/1 und act. 15) und äussert die Notwendigkeit einer Einigung (act. 15).

2. Die Beschwerdegegnerin moniert, der Vertreter der Beschwerdeführerin habe keine Konkurshinderungsgründe behauptet und glaubhaft gemacht. In allgemeiner Form wurde sodann festgehalten, dass es in Übereinstimmung mit der Verfügung vom 13. Februar 2024 zutrefte, dass Prozessentschädigungen und Gerichtsgebühren aus einem ordentlichen Zivilprozess keine Betreuungskosten seien und deshalb in einem Fortsetzungsbegehren im Gegensatz zu den Rechtsöffnungskosten nicht als solche berücksichtigt werden dürften, weshalb für solche Ansprüche nur eine Konkursöffnung erfolgen dürfe, wenn sie als Forderung betrieben worden und durch einen Rechtsöffnungstitel ausgewiesen seien. Dies ändere indes nichts daran, dass der Konkurs rechtmässig eröffnet worden und die Beschwerde abzuweisen sei (act. 24 S. 3).

3.1 Aus den beigezogenen Akten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Geroldswil-Oetwil-Weiningen ergibt sich das Folgende: Im Rahmen des Forderungsprozesses zwischen den Parteien des vorliegenden Konkursverfahrens wurde mit Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juli 2023 (Geschäft Nr. HG220025-O) die Beschwerdeführerin (des vorliegenden Verfahrens) verpflichtet, der Beschwerdegegnerin Fr. 183'978.80 zuzüglich Verzugszins von 5% seit 15. Oktober 2020 zu bezahlen. In diesem Umfang wurde der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Geroldswil-Oetwil-Weiningen (Zahlungsbefehl vom 18. Februar 2021) aufgehoben. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Die Gerichtsgebühr wurde auf Fr. 12'200.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Letztere wurde sodann verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 22'000.– zu bezahlen (act. 21/8 S. 34). Ein Rechtsöffnungsverfahren ist nicht aktenkundig und wurde von der Beschwerdegegnerin auch nicht behauptet (act. 24).

Die Gerichtsgebühren (Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG) und die Parteientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren gelten als Betreuungskosten. Prozessentschädigungen und Gerichtsgebühren aus einem ordentlichen Zivilprozess sind indes keine Betreuungskosten und dürfen im Gegensatz zu den Rechtsöff-

nungskosten im Fortsetzungsbegehren nicht als solche berücksichtigt werden (vgl. BGer 5A_433/2022 vom 24. November 2022, E. 4.1.1 = Pra 112 (2023) Nr. 73). Dies gilt ebenso für die Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 83 N 69 m.w.H.), welche ein ordentlicher Zivilprozess nach erhobenem Rechtsvorschlag ist.

Aktenkundig ist, dass die Beschwerdegegnerin erstmals im Fortsetzungsbegehren vom 26. Oktober 2023 die vorerwähnte Gerichtsgebühr und Parteientschädigung gemäss Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juli 2023 als weitere Forderungen geltend machte (act. 21/2 Rückseite). Diese Ansprüche waren in dem zeitlich vor dem ordentlichen Zivilprozess gestellten Betreibungsbegehren vom 17. Februar 2021 (act. 21/1) und dem Zahlungsbefehl vom 18. Februar 2021 (act. 7/4/1 = act. 21/5) folgelogisch nicht enthalten. Bei den in der Konkursandrohung und -eröffnung erwähnten "Rechtsöffnungskosten" in Höhe von Fr. 34'200.– handelt es sich um die vorerwähnte Gerichtsgebühr und Parteientschädigung aus dem ordentlichen Forderungsprozess, welche indes einerseits keine Rechtsöffnungskosten sind und andererseits auch nicht in Betreuung gesetzt wurden.

Damit weist die Konkursandrohung des Betreibungsamtes Geroldswil-Oetwil-Weinigen vom 2. November 2023 (act. 7/4/2 = act. 21/4) einen Mangel auf. Darin sind wie gesagt Rechtsöffnungskosten von Fr. 34'200.– enthalten, obwohl es sich nicht um Rechtsöffnungskosten handelt, sondern um Forderungen aus einem ordentlichen Zivilprozess zwischen den Parteien, welche nicht in Betreuung gesetzt wurden. Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreuung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Dies gilt auch, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreuung angehoben wurde (vgl. ZR 106/2007 S. 274 m.w.H.; BGE 109 III 53, E. 2b analog = Pra 73 [1984] Nr. 64).

Zufolge Nichtigkeit der Konkursandrohung vom 2. November 2023 fehlt es an einer gültigen Konkursandrohung, die Voraussetzung der Konkursöffnung wäre (Art. 166 Abs. 1 SchKG). Das führt an sich zur Aufhebung der Konkursöffnung (vgl. OGer ZH PS130157 vom 23. September 2013, E. 2 und PS160063

vom 9. Mai 2016, E. II.4). Da Nichtigkeit jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden zu berücksichtigen ist, schadet es nicht, dass die Beschwerdeführerin gegen die Konkursandrohung keine Beschwerde erhob.

3.2 Nach Art. 173 Abs. 2 SchKG setzt das Konkursgericht seinen Entscheid aus und überweist den Fall der Aufsichtsbehörde, wenn es findet, dass im vorangegangenen Betreibungsverfahren eine nichtige Verfügung erlassen wurde. Die Bestimmung gilt auch vor der Beschwerdeinstanz (vgl. OGer ZH PS160063 vom 9. Mai 2016, E. II.5).

Ungeachtet der Möglichkeit der Überweisung an die Aufsichtsbehörde ist als allgemeiner Grundsatz massgeblich, dass sämtliche Behörden und Gerichte die Nichtigkeit von Verfügungen von Amtes wegen zu berücksichtigen und gebotenfalls vorfrageweise zu prüfen haben (LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Kommentar zu den Art. 13-30 SchKG, Art. 22 SchKG N 121, N 147). In klaren Fällen von Nichtigkeit kann auch das Konkursgericht (und damit auch die Kammer als Rechtsmittelinstanz) die Nichtigkeit selber vorfrageweise feststellen und das Konkursbegehren abweisen bzw. die Konkurseröffnung aufheben (vgl. BGE 135 III 14 E. 5.4; AMONN/WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Auflage 2013, § 36 N 40; LORANDI, a.a.O., Art. 22 SchKG N 151).

3.3 Nach den vorstehenden Ausführungen (Ziff. II.3.1) ergibt die vorfrageweise Prüfung, dass die Konkursandrohung vom 2. November 2023 (act. 21/4) offenkundig nicht in Betreuung gesetzte Forderungen enthält, welche sodann zu Unrecht als Rechtsöffnungs- und damit Betreuungskosten erfasst wurden, die Konkursandrohung vom 2. November 2023 daher zweifelsohne nichtig und folglich der über die Beschwerdeführerin eröffnete Konkurs aufzuheben ist. In dieser klaren Situation kann davon abgesehen werden, den Entscheid über die Beschwerde auszusetzen und die Sache an die Aufsichtsbehörde zu überweisen. Das angefochtene Urteil vom 18. Januar 2024 ist daher in Gutheissung der Beschwerde vollumfänglich aufzuheben.

III.

1.1 Üblicherweise wird der Schuldner auch im Fall der Gutheissung der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung kostenpflichtig, wenn er es versäumte, die massgeblichen Konkurshinderungs- bzw. -aufhebungsgründe rechtzeitig vor der ersten Instanz in das Verfahren einzubringen (vgl. etwa OGer ZH PS160024 vom 24. Februar 2016, E. III.1.). Das folgt daraus, dass es am Schuldner ist, entsprechende Umstände vorzubringen (vgl. Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 SchKG). Der vorliegende Fall verhält sich indes anders. Ist eine Verfügung im Vollstreckungsverfahren nach SchKG, insbesondere wie hier die Konkursandrohung, nichtig, so hätte das an sich bereits das Betreibungsamt korrigieren sollen, und auch das erstinstanzliche Konkursgericht war wie vorstehend aufgezeigt gehalten, die Nichtigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen. Das Versäumnis der Beschwerdeführerin, die sich nicht gegen die unzulässige Konkursandrohung zur Wehr setzte und auch vor dem erstinstanzlichen Konkursgericht nichts dergleichen vorbrachte, ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Es rechtfertigt keine Kostenaufgabe. Die Beschwerdegegnerin hat das Konkursbegehren sodann im Vertrauen auf die Gültigkeit der vom Betreibungsamt ausgestellten Konkursandrohung gestellt. Für den vorliegenden Entscheid sind deshalb keine Kosten zu erheben (vgl. Art. 108 ZPO). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– ist ihr zurückzuerstatten unter Vorbehalt des Verrechnungsanspruchs aus früheren Verfahren.

1.2 Die Beschwerdeführerin beantragte keine Umtriebsentschädigung. Eine solche wäre ihr denn auch mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen. Der unterliegenden Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

2.1 Vor dem Hintergrund des vorstehend Gesagten werden für das erstinstanzliche Verfahren keine Kosten erhoben. Die Kasse des Bezirksgerichtes Dietikon ist anzuweisen, den für die Gebühr des angefochtenen Entscheids aus dem geleisteten Vorschuss der Beschwerdegegnerin bezogenen Betrag von Fr. 400.– der Beschwerdegegnerin zurückzuerstatten.

2.2 Sodann ist das Konkursamt Dietikon anzuweisen gegebenenfalls entstandene Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen und den bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'400.– (Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses, vgl. act. 27) der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 18. Januar 2024 vollumfänglich aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Schuldnerin und Beschwerdeführerin den von ihr geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– zurückzuerstatten unter Vorbehalt des Verrechnungsanspruchs aus früheren Verfahren.
5. Die Kasse des Bezirksgerichtes Dietikon wird angewiesen, der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin den für die Gebühr gemäss Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 18. Januar 2024 aus dem geleisteten Vorschuss der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin bezogenen Betrag von Fr. 400.– zurückzuerstatten.

6. Das Konkursamt Dietikon wird angewiesen, die konkursamtlichen Kosten auf die Staatskasse zu nehmen und den ihm vom Konkursgericht überwiesenen Teil des von der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin geleisteten Vorschusses in Höhe von Fr. 1'400.– an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin zurückzuerstatten.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 24, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), an das Konkursamt Dietikon, mit besonderer Anzeige und im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Thurgau, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Geroldswil-Oetwil-Weiningen (unter Rücksendung der betreibungsamtlichen Akten), 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. D. Tolic Hamming

versandt am:
7. März 2024