

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180028-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 12. März 2018

in Sachen

A._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Februar 2018 (EK180113)

Erwägungen:

1. Am 16. Januar 2018 ging beim Bezirksgericht Zürich ein Konkursbegehren der A._____ AG (Gläubigerin und Beschwerdeführerin) ein (act. 7/1). Nachdem die Gläubigerin den Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.– geleistet hatte, eröffnete das Konkursgericht des Bezirkesgerichtes Zürich am 21. Februar 2018, 10:00 Uhr, gestützt auf eine Forderung der A._____ AG von Fr. 3'036.95 nebst Zins zu 12 % seit 04.07.2017, Fr. 115.55 Verzugszins bis 03.07.2017, Mahngebühren von Fr. 32.30, Inkassogebühren von Fr. 575.00 und Betreuungskosten von Fr. 315.95 über die B._____ GmbH (Schuldnerin und Beschwerdegegnerin) den Konkurs (act. 4). Das Urteil wurde der Gläubigerin am 22. Februar 2018 zugestellt (act. 7/12). Die 10tägige Beschwerdefrist lief demnach, unter Berücksichtigung der Regelung des Fristenablaufs am Wochenende, am 5. März 2018 ab (Art. 142 ZPO). Der Schuldnerin konnte der Entscheid nicht zugestellt werden (act. 8 i.V.m. act. 7/13).

2. a) Die Gläubigerin erhob mit Schreiben vom 26. Februar 2018, welches bei der Vorinstanz am 28. Februar 2018 einging, Beschwerde gegen diesen Entscheid (act. 3). Diese Eingabe samt Beilagen (act. 5/1-2) überwies die Vorinstanz nach Rücksprache mit der Gläubigerin (act. 7/16) mit Schreiben vom 2. März 2018 an das Obergericht (act. 2). In ihrer Beschwerde beantragte die Gläubigerin, die Eröffnung des Konkurses gegen B._____ GmbH sei zu widerrufen und die Kosten seien ihr zurückzuerstatten (act. 3).

b) In ihrer Beschwerde machte die Gläubigerin geltend, sie habe ihr Konkursbegehren fristgerecht zurückgezogen. Die Vorinstanz habe den Rückzug fälschlicherweise als Konkursbegehren taxiert und an sie zurückgesandt (act. 3). Diese Ausführungen wurden von der Vorinstanz bestätigt (act. 2).

3. a) Vorerst stellt sich die Frage, ob die Gläubigerin zur Beschwerde legitimiert ist.

Wer das Konkursbegehren stellt, haftet für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf (Art 232) entstehen (Art. 169 Abs. 1 SchKG). Das Gericht kann von dem Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen (Art. 169 Abs. 2 SchKG).

b) Die Gläubigerin leistete vorliegend einen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.–. Die Spruchgebühr von Fr. 400.– wurde der Schuldnerin auferlegt und vom geleisteten Vorschuss abgezogen. Der Rest des Vorschusses wurde dem Konkursamt Altstetten-Zürich überwiesen (vgl. act. 4). Da die Gläubigerin für die Kosten bis zur Einstellung bzw. bis zum Schuldenruf haftet, ist sie durch die Konkurseröffnung beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert.

4. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses ist vorliegend zu verzichten. Da der Schuldnerin an ihrem bisherigen Domizil keine Unterlagen mehr zugestellt werden können und ihre einzige Gesellschafterin, C._____ GmbH (vgl. act. 6), ihr Domizil eingebüsst hat (act. 9), kann die Schuldnerin postalisch nicht mehr erreicht werden. Ausserdem fehlt es zur Zeit auch an einer vertretungsberechtigten Person (act. 6). Eine Beschwerdeantwort kann deshalb nicht eingeholt werden.

5. a) Am 19. Februar 2018 ging beim Bezirksgericht Zürich ein vom 16. Februar 2018 datiertes Schreiben der Gläubigerin mit dem Titel "Rückzug Konkursbegehren" ein. Gemäss dieser Eingabe zog die Gläubigerin in der Betreuung Nr. ... ihr Konkursbegehren vom 15. Januar 2018 zurück (act. 5/2). Die Vorinstanz retournierte der Gläubigerin das Schreiben mit dem Hinweis, einem Konkursbegehren sei immer der Zahlungsbefehl (Kopie) und die Konkursandrohung (im Original) sowie eine rechtsgenügende Vollmacht beizulegen (act. 5/1).

- b) Es ist offensichtlich, dass die Vorinstanz das Schreiben der Gläubigerin vom 16. Februar 2018 fälschlicherweise als neues Konkursbegehren anstatt als Rückzug des Konkursbegehrens entgegen genommen hat. Da die Rückzugserklärung vor der Verhandlung vom 21. Februar 2018 beim Bezirksgericht einging, hätte die Vorinstanz richtigerweise den Konkurs nicht eröffnen dürfen, sondern das Verfahren als durch Rückzug erledigt abschreiben müssen. Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Februar 2018 aufzuheben. Das erstinstanzliche Verfahren ist als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.
6. a) Bei einem Rückzug des Konkursbegehrens bis zur Konkursverhandlung werden die entstandenen Gerichtskosten von Fr. 200.– dem Gläubiger auferlegt, sofern der Schuldner diesen Betrag bis zur Verhandlung nicht in bar auf der Konkursgerichtskanzlei bezahlt hat (vgl. act. 7/6 S. 2). Die Spruchgebühr für die erste Instanz ist deshalb auf Fr. 200.– festzusetzen und der Gläubigerin aufzuerlegen. Die beim Konkursamt Altstetten-Zürich entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Der Rest des Vorschusses ist der Gläubigern zurückzuerstatten, nämlich Fr. 1'400.– durch das Konkursamt und Fr. 200.– durch das Konkursgericht.
- b) Da die Vorinstanz durch ihr Versehen das Beschwerdeverfahren veranlasst hat, ist auf die Erhebung einer Spruchgebühr zu verzichten. 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 Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Februar 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Das erstinstanzliche Verfahren wird abgeschrieben.
3. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und der Gläubigerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
5. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
6. Das Konkursgericht wird angewiesen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– der Gläubigerin zurückzuerstatten.
7. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, die konkursamtlichen Kosten auf die Staatskasse zu nehmen und den ihm vom Konkursgericht überwiesenen Restbetrag des von der Gläubigerin geleisteten Barvorschlusses von Fr. 1'400.– der Gläubigerin vollumfänglich auszuzahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Gläubigerin, an die Schuldnerin durch Publikation im kantonalen Amtsblatt sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich sowie an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, je gegen Empfangsschein.
9. 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
12. März 2018