

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180180-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie der
Leitende Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 10. Oktober 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Sammelstiftung BVG der B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 11. September 2018 (EK180265)

Erwägungen:

I.

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen eröffnete mit Urteil vom 11. September 2018 für eine Forderung der Sammelstiftung BVG der B._____ AG (fortan Gläubigerin) in Höhe von Fr. 53'743.60 zzgl. Zins zu 3.75% seit 1. Januar 2018 und Fr. 500.00 Umtriebsspesen (abzgl. Teilzahlung von Fr. 20'000.00) sowie Fr. 156.85 Betreuungskosten (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Sihltal) den Konkurs über die A._____ GmbH (fortan Schuldnerin; act. 6/8 = act. 5).

2. Dagegen erhob C._____ (einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin, act. 7) mit Eingabe vom 12. September 2018 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 2 inkl. Beilagen act. 3 und 4). Er beantragt die Aufhebung des Konkurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse. Zur Begründung führte er aus, der Vorinstanz sei ein Fehler unterlaufen. Obschon die Parteien zur Konkursverhandlung auf den 16. Oktober 2018 vorgeladen worden seien, sei der Konkurs bereits am 11. September 2018 eröffnet worden (act. 2).

3. Nachdem der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden war (act. 8), wurde der Gläubigerin mit Verfügung vom 26. September 2018 Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten, mit dem Hinweis, dass die Aufhebung des Konkursentscheidens und eventuell die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz im Raum stehe (act. 10).

4. Die Gläubigerin erstattete mit Eingabe vom 2. Oktober 2018 (Poststempel) die Beschwerdeantwort. Sie hält an ihrem Konkursbegehren fest und beantragt im Falle der Aufhebung des Konkurses zufolge eines Verfahrensfehlers oder zwischenzeitlicher Schuldentilgung die Kostenaufgabe an die Schuldnerin sowie Rückerstattung ihres im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschusses (act. 12).

5. Die Schuldnerin brachte mit Eingabe vom 5. Oktober 2018 vor, sie habe die Konkursforderung mittlerweile vollumfänglich getilgt und sei im Übrigen zahlungsfähig (act. 13 S. 2).

6. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 6/1-11). Das Verfahren ist spruchreif. Die Beschwerdeantwort (act. 12) ist der Schuldnerin mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Gleichzeitig ist der Gläubigerin ein Doppel von act. 13 zuzustellen.

II.

1. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass die Parteien nach Eingang des Konkursbegehrens der Gläubigerin am 13. August 2018 (act. 6/1) noch gleichentags zur Konkurseröffnungsverhandlung auf den 16. Oktober 2018, 09:00 Uhr, vorgeladen wurden (act. 6/4/2-3). Die Vorladung wurde der Schuldnerin am 18. August 2018 zugestellt (act. 6/6). Das nachfolgende Aktenstück ist eine Aktennotiz vom 11. September 2018, gemäss welcher die Schuldnerin nicht die ganze Forderung bezahlt habe und die Gläubigerin am Konkursbegehren festhalte (act. 6/7). Dieser Aktennotiz kann weder die Funktion der für die Gläubigerin telefonisch Auskunft gebenden Person (Herr D. _____), noch jene der diese Notiz verfassenden Person entnommen werden. Noch gleichentags, mit Urteil vom 11. September 2018, wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 6/8).

2. Auch wenn den Parteien das Erscheinen an der Konkurseröffnungsverhandlung gemäss Hinweis auf der Vorladung vom 13. August 2018 freigestellt war, haben sie das Recht auf Teilnahme. Die fehlende Kenntnis des – von der Vorinstanz wohl aus Versehen – vorgezogenen Verhandlungstermins (vgl. auch act. 6/11) hatte zur Folge, dass die Parteien an der Teilnahme am Konkurseröffnungsverfahren und der Wahrung ihrer Prozessrechte gehindert waren. Insbesondere blieb der Schuldnerin verwehrt, (spätestens) an der Konkurseröffnungsverhandlung durch Urkunden zu belegen, dass sie die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten getilgt, die Gläubigerin ihr Stundung gewährt oder auf die

Durchführung des Konkurses verzichtete, womit sie die Konkurseröffnung hätte abwenden können.

Dieser Verfahrensfehler muss zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen.

3. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaligem Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung mittlerweile inkl. Kosten und Zinsen getilgt (Art. 172 Ziff. 3 SchKG): Die Schuldnerin leistete gemäss der Abrechnung des Betreibungsamts Sihltal vom 17. September 2018 zur Betreuung Nr. ... der Gläubigerin bis zu diesem Datum Direktzahlungen an die betriebene Forderung von Fr. 43'980.20 (darin mutmasslich eingeschlossen die eingangs erwähnte Teilzahlung von Fr. 20'000.00, auf welche die Gläubigerin bereits im Konkursbegehren vom 8. August 2018 hingewiesen hatte, act. 6/1). Den resultierenden Endbetrag bzw. Restbetrag von Fr. 11'811.95 (inkl. Zinsen und Kosten, darin eingeschlossen die Inkasso-Kosten des Betreibungsamts) bezahlte die Schuldnerin am 17. September 2018 an das Betreibungsamt (act. 14/6/1).

Die Schuldnerin hat zwar die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts nicht sichergestellt (was normalerweise erforderlich wäre, vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Auflage 2014, Art. 172 N 3). In der vorliegenden Konstellation ist das aus den nachfolgend aufgezeigten Gründen (vgl. sogleich Ziff. III.) allerdings (ausnahmsweise) ohne Belang.

Die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt. Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde ohne weiteres aufzuheben.

III.

1. Das Konkursgericht zeigte den Parteien an, dass bei einer Verfahrenserledigung vor bzw. anlässlich der Verhandlung (Rückzug des Konkursbegehrens oder Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes) eine reduzierte Ge-

bühr von Fr. 100.00 bis zum Verhandlungstermin zu zahlen sei (act. 6/4/2-3 S. 2). Die vorinstanzliche Spruchgebühr ist deshalb auf Fr. 100.00 festzusetzen und der Schuldnerin aufzuerlegen, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Die dem Konkursamt Thalwil allenfalls entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen, da die Säumnis der Schuldnerin diese Kosten in der vorliegenden Situation (in welcher das Konkursgericht den Konkurs noch nicht hätte eröffnen dürfen) nicht adäquat verursacht hat (vgl. OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018, E. 6a).

2.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben (vgl. OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018, E. 6b).

2.2 Die Schuldnerin verlangt im Beschwerdeverfahren die Zusprechung einer Parteientschädigung zulasten der Staatskasse (act. 2 S. 2). Die zu früh bzw. zu Unrecht erfolgte Konkursöffnung hat keine der Parteien zu verantworten. Auch wenn der Staat wie hier nicht wie ein Privater am Verfahren beteiligt ist, kommt in besonderen Fällen die Bezahlung einer Parteientschädigung aus der Staatskasse in Frage, so etwa bei einer festgestellten Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung (vgl. BGE 139 III 471). Der vorliegende Fall einer Konkursöffnung, die vor dem den Parteien mitgeteilten Verhandlungsdatum nicht hätte erfolgen dürfen, ist wertungsmässig mit einer Rechtsverweigerung vergleichbar. Der Schuldnerin blieb nichts anderes übrig, als sich im Rahmen dieses Verfahrens gegen den Entscheid der Vorinstanz zu wehren (vgl. auch act. 6/11). Ihr ist daher für das Beschwerdeverfahren eine Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO) aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Es rechtfertigt sich, diese auf Fr. 200.00 festzusetzen und mit der der Schuldnerin aufzuerlegenden erstinstanzlichen Spruchgebühr von Fr. 100.00 zu verrechnen.

3. Die Staatskasse schuldet der Schuldnerin damit noch Fr. 100.00. Das Konkursamt Thalwil ist anzuweisen, den bei ihm eingegangenen Totalbetrag von Fr. 1'500.00 an die Kasse des Bezirksgerichts Horgen zurückzuzahlen (allfällige Kosten des Konkursamts sind wie erwähnt auf die Staatskasse zu nehmen, wobei den Unterlagen zu entnehmen ist, dass das Konkursamt den Fehler der Vorin-

stanz unmittelbar nach Erhalt des angefochtenen Entscheids bemerkte und den Vollzug des Entscheids aussetzte, so dass ihm mutmasslich keine Kosten entstanden [vgl. act. 6/11]).

Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen ist anzuweisen, an die Gläubigerin den ursprünglichen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.00 und an die Schuldnerin die Umtriebsentschädigung von Fr. 100.00 auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. September 2018, mit dem über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 100.00 festgesetzt und der Schuldnerin und Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben.
4. Der Schuldnerin und Beschwerdeführerin wird aus der Kasse des Bezirksgerichtes Horgen eine Umtriebsentschädigung von Fr. 200.00 zugesprochen.
5. Die der Schuldnerin und Beschwerdeführerin auferlegte erstinstanzliche Spruchgebühr wird mit der ihr zugesprochenen Umtriebsentschädigung verrechnet.
6. Das Konkursamt Thalwil wird angewiesen, den bei ihm eingegangenen Totalbetrag von Fr. 1'500.00 (Rest des Kostenvorschusses der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin) an die Kasse des Bezirksgerichtes Horgen zurückzuzahlen. Allfällige Kosten des Konkursamts Thalwil werden auf die Staatskasse genommen.

7. Die Kasse des Bezirksgerichts Horgen wird angewiesen, Fr. 1'800.00 (Rückerstattung des Kostenvorschusses) an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin und Fr. 100.00 (Umtriebsentschädigung) an die Schuldnerin und Beschwerdeführerin auszusahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin und Beschwerdeführerin unter Beilage des Doppels von act. 12, an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Sihltal, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: