

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210036-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. A. Götschi

Urteil vom 13. April 2021

in Sachen

Die kantonale Arbeitslosenkasse,

Beschwerdeführerin,

gegen

A._____ Transporte GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkursbegehren**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 25. Februar 2021 (EK210036)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1 Mit Zahlungsbefehl vom 12. Juli 2019 (act. 7/2) liess B._____ die C._____ Transporte GmbH auffordern, die Forderungen über Fr. 7'500.– ("Gerichtliche Einigung vom 15. April 2019") zzgl. 5 % Zins seit 26. April 2019 und Fr. 3'031.70 ("Familienzulagen") zzgl. 5 % Zins seit 15. Februar 2017 samt Betriebskosten über Fr. 103.30 innert 20 Tagen zu bezahlen. D._____, Gesellschafter und Geschäftsführer der C._____ Transporte GmbH mit Einzelunterschrift, erhob Rechtsvorschlag gegen die gesamte Forderung (vgl. act. 7/2 Rückseite).

1.2 Am tt.mm.2020 wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) namentlich die Umfirmierung der C._____ Transporte GmbH in A._____ Transporte GmbH sowie die Verlegung des Sitzes und der Domiziladresse der Unternehmung von der E._____ -strasse ... in F._____ an die G._____ -strasse ... in ... Zürich publiziert (vgl. act. 7/5, act. 4/4 und act. 5).

Gleichentags wurde der A._____ Transporte GmbH, Schuldnerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin), die Konkursandrohung von B._____ gegen sie über den Betrag von Fr. 7'500.– ("keine Rö wurde erteilt für Fr. 3'031.70 Familienzulagen") zzgl. 5 % Zins seit 26. April 2019 samt Betriebskosten von Fr. 176.60 und Rechtsöffnungskosten von Fr. 630.– zugestellt (vgl. act. 7/3).

1.3 Mit Eingabe vom 29. Januar 2021 (act. 4/7) stellte die kantonale Arbeitslosenkasse des Kantons Wallis (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bezirksgericht Zürich ein Konkursbegehren gegen die Beschwerdegegnerin.

1.4 Sodann stellte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. Februar 2021 (act. 7/1 = act. 4/8) beim Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (nachfolgend: Vorinstanz) – unter Bezugnahme auf die Betreuung Nr. 1 gegen die Beschwerdegegnerin, vormals C._____ Transporte GmbH (vgl. act. 5), über den Betrag von Fr. 10'531.70 – ein Konkursbegehren, unter Beilage des Zahlungsbefehls (act. 7/2) und der Konkursandrohung (act. 7/3). Die Beschwerdeführerin gab an,

das Konkursbegehren auf der Grundlage des Forderungsübergangs gemäss Art. 29 AVIG zu stellen (vgl. act. 7/1).

1.5 Mit Verfügung und Vorladung vom 5. Februar 2021 lud die Vorinstanz gläubigerseits B. _____ (act. 7/6 = act. 4/9) zur Konkursverhandlung auf den 25. Februar 2021 um 09:15 Uhr vor und setzte diesem gleichzeitig Frist an, um bis spätestens vor der Konkurseröffnungsverhandlung einen Barvorschuss von Fr. 1'800.– zu leisten (vgl. act. 4/9 S. 1 unten).

1.6 Mit Verfügung vom 25. Februar 2021 (act. 7/7 = act. 3 = act. 4/12 = act. 6 [Aktenexemplar]) trat die Vorinstanz mangels Leistung des Kostenvorschusses auf das Konkurseröffnungsbegehren nicht ein (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1), setzte die Spruchgebühr auf Fr. 200.– fest (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2) und auferlegte die Kosten "dem Gläubiger" bzw. B. _____ (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 3).

1.7 Dagegen erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. März 2021 innert der 10-tägigen Beschwerdefrist (vgl. act. 7/7 i.V.m. act. 7/8 i.V.m. act. 2 S. 1) Beschwerde (act. 2) und reicht Beilagen ins Recht (act. 4/0-11 [Beilage 0 fehlt]). Die Anträge der Beschwerdeführerin lauten:

Aus den dargelegten Gründen begehrt die Kasse, unter Kostenfolge:

Erstens:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 25. Februar 2021 wird aufgehoben.
3. Der Konkurs des Unternehmens A. _____ Transporte GmbH wird ausgesprochen.

Subsidiär:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 25. Februar 2021 wird aufgehoben.
3. Der Fall wird zum Erlass einer neuen Verfügung dem Bezirksgericht Dielsdorf zurückgewiesen.

1.8 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 7/1-8). Mit Verfügung vom 22. März 2021 (act. 8) wurde der Beschwer-

degegnerin Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt. Diese liess sich nicht vernehmen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1 Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehören auch Nichteintretensentscheide (vgl. SK SchKG-TALBOT, 4. Aufl. 2017, Art. 174 N 1). Gegen den angefochtenen Entscheid des Konkursgerichts ist demnach die Beschwerde zulässig.

Die Parteien können im Beschwerdeverfahren neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG).

2.2 Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei trifft eine Begründungslast. Es ist in der Beschwerdeschrift vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig sei und wie er geändert werden müsse. Die Beschwerdeschrift hat sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und anzugeben, an welchen Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet (vgl. statt vieler BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 321 N 5 ff. und 22; BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl. 2017, Art. 321 N 4 i.V.m. Art. 311 N 12). Wird eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht, so hat die Beschwerdeschrift eine minimale rechtliche Begründung zu enthalten (vgl. OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./1 mit Hinweis auf OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

2.3.1 Auf eine Beschwerde kann zudem nur eingetreten werden, wenn die beschwerdeführende Partei zur Beschwerde legitimiert ist und an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheides ein schutzwürdiges Interesse hat (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO, ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. Aufl. 2016,

Art. 321 N 10 f.). Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen setzt die Beschwerdelegitimation grundsätzlich voraus, dass sich die beschwerdeführende Partei als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt hat, das zum angefochtenen Urteil geführt hat. Darüber hinaus können jedoch auch am Verfahren nicht beteiligte Dritte von gerichtlichen Entscheidungen betroffen werden und ein Interesse an der Ergreifung eines Rechtsmittels haben (vgl. ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, a.a.O., Art. 321 N 7 f.).

2.3.2 Da die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz das Konkursbegehren eingereicht und angegeben hat, dieses auf der Grundlage des Forderungsübergangs gemäss Art. 29 AVIG zu stellen, hat sie sich als Hauptpartei am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz sie nicht (als Hauptpartei) im Rubrum aufgenommen hat.

2.4 Dem Eintreten auf die Beschwerde steht insoweit nichts entgegen.

3. Materielles

3.1 Wer das Konkursbegehren stellt, haftet für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldeneruf (Art. 232) entstehen (Art. 169 Abs. 1 SchKG). Das Gericht kann von dem Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen (Art. 169 Abs. 2 SchKG). Der Kostenvorschuss kann von demjenigen Gläubiger verlangt werden, welcher das Konkursbegehren gestellt hat (vgl. BSK SchKG I-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 169 N 18).

3.2 Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht nicht auf das Konkursbegehren eingetreten. Sie habe das Konkursbegehren gestellt und per 19. Februar 2021 den Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.– an die Gerichtskasse des Bezirksgerichtes Dielsdorf überwiesen. Die Vorinstanz habe den Betrag erhalten, sei aber von einer irrtümlichen Zahlung ausgegangen. Die Vorinstanz habe übersehen, dass sie in ihrem Konkursbegehren ausdrücklich auf die Subrogation hingewiesen habe

bzw. darauf, dass sie in die Rechte des Versicherten – Herrn B._____ – eingetreten sei (vgl. act. 2 Rz. 12-15 und S. 5, act. 4/8, act. 4/10 und act. 4/11).

3.3 Die Vorinstanz verlangte den Kostenvorschuss von B._____ und nahm diesen als Gläubiger im Rubrum auf (vgl. act. 7/6). Das (einzige) Konkursbegehren stellte jedoch die Beschwerdeführerin, unter Hinweis auf den Forderungsübergang gemäss Art. 29 AVIG (vgl. act. 7/1). Weiter belegen die von der Beschwerdeführerin eingereichten Beilagen, dass sie per 19. Februar 2021, mithin vor der Konkurseröffnungsverhandlung vom 25. Februar 2021, den von der Vorinstanz von B._____ verlangten Barvorschuss von Fr. 1'800.– an die Vorinstanz geleistet hat (vgl. act. 4/10-11). Dies ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen (vgl. oben E. 2.1). Damit ging die Vorinstanz zu Unrecht davon aus, der Barvorschuss sei nicht geleistet worden.

3.4.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Nichteintretensverfügung der Vorinstanz vom 25. Februar 2021 aufzuheben. Dies gilt auch für die mit dem Nichteintreten zusammenhängende Kostenaufgabe zulasten von B._____

3.4.2 Die Beschwerdeführerin beantragt mit ihrem Hauptbegehren in der Sache, es sei die Konkurseröffnung über die Beschwerdegegnerin auszusprechen. Eventualiter verlangt sie die Rückweisung an die Vorinstanz (vgl. act. 2 S. 6).

Die Beschwerde ist bei Gutheissung grundsätzlich ein kassatorisches Rechtsmittel (vgl. Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Ist die Sache spruchreif, kann die Beschwerdeinstanz aber neu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Spruchreif ist das Verfahren dann, wenn das Gericht über sämtliche Entscheidungsgrundlagen verfügt, um über die Begründetheit oder Unbegründetheit des geltend gemachten Anspruchs zu befinden oder einen Nichteintretensentscheid zu erlassen. Überdies muss das vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren ordnungsgemäss durchgeführt worden sein (vgl. BGE 144 III 394 ff., E. 4.3.2.2 mit Verweis auf BGE 140 III 450 ff., E. 3.2 m.w.H.). Dies ist hier nicht der Fall. Daher ist die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundsätzlich kann sich eine rechtsmittelbeklagte Partei ihrer Kostenpflicht durch Verzicht auf eine Vernehmlassung nicht entziehen. Doch wird sie von ihrer Kostenpflicht entlastet, wenn ein gravierender, von ihr nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und sie die Gutheissung des Rechtsmittels beantragt oder – wie hier – keinen Antrag gestellt bzw. sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert hat (vgl. BGer 5A_280/2018 vom 21. September 2018, E. 7). Die Beschwerdegegnerin ist somit von ihrer Kostenpflicht entlastet. Die Kosten fallen daher ausser Ansatz (vgl. Art. 107 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 200 lit. a GOG).

4.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, weil keine solchen beantragt wurden.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 25. Februar 2021 aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an das Konkursgericht zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.
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:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: