

ZH_OBERGERICHT PS170097 vom 22. Mai 2017

ZH Obergericht, 2017-05-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS170097

FR: ZH_OBERGERICHT PS170097 du 22 mai 2017

IT: ZH_OBERGERICHT PS170097 del 22 maggio 2017

Erwägungen

E. 1

Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und wurde am 11. März 2014 in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt den Betrieb einer Bauspenglerei, Installation von Blitzschutzanlagen, Reparaturservice und allgemeine Blecharbeiten, Flüssigkunststoffabdichtungen, Flachbedachungen und -abdichtungen sowie alle damit verbundenen Arbeiten (act. 6). Mit Urteil vom

E. 3

Mai 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von zwei Mal Fr. 651.90 nebst Zins zu je

E. 5

Die Schuldnerin erhielt die Konkursandrohung vom 25. November 2016 am 2. Dezember 2016 (act. 8/2/2). Die Beschwerdegegnerin und Gläubigerin (nachfolgend Gläubigerin) stellte am 20. März 2017 das Konkursbegehren bei der Vorinstanz (act. 8/1). Diese setzte die Konkursverhandlung auf den 3. Mai 2017 an (act. 8/3/2). Die Verhandlungsanzeige vom 23. März 2017, welche die Vorinstanz zuhänden der Schuldnerin als Gerichtsurkunde versandte, wurde von der Post bereits am Folgetag nach der Versendung mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" wieder retourniert (act. 8/5 i.V.m. act. 5/2 S. 2 f.). Auch eine zweite Zustellung der Verhandlungsanzeige am 27. März 2017 per A-Post wurde der Vorinstanz mit dem Vermerk "Empf. n. ermittelbar. Retour an Absender" zurückgesandt (act. 8/5 i.V.m. act. 8/6).

E. 6

Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich damit, dass der Schuldnerin die Vorladung nicht zugestellt werden konnte. Da die Schuldnerin mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses vor dem Konkursgericht nicht mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen musste, kann die Zustellung der Verhandlungsanzeige vom 23. März 2017 auch nicht fingiert werden. Indem die Vorinstanz die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich zum Konkursbegehren nicht äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BGE 138 III 225, E. 3.3 m.w.H.). An sich wäre die Sache demnach an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorlädt und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin entscheidet. Hiervon kann indes vorliegend abgesehen werden.

E. 7

Die Schuldnerin überwies der Gläubigerin am 12. Mai 2017 einen Betrag von Fr. 1'522.60 (act. 5/4). Dies vermag die noch ausstehende Konkursforderung inklusive Zinsen, Mahngebühren und Betreuungskosten zu decken. Die Schuldnerin macht geltend, dass damit nunmehr sinngemäss der Konkursverhinderung Grund der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG bestehe und so zu verfahren sei, wie wenn die Schuldnerin die Forderung bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts beglichen hätte (act. 2 S. 7 mit zutreffendem Verweis auf

- 5 - OGer ZH, PS130017 vom 14. Februar 2013, E. 3b sowie PS120026 vom 9. März 2012, E. III). Das trifft zu, hätte die Schuldnerin die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten, worunter insbesondere auch die Kosten des Konkursgerichts zu verstehen sind (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 172 N 3), vollständig beglichen. Da die Schuldnerin durch ihr Zahlungssäumnis in jedem Fall das erstinstanzliche Konkursverfahren verursacht hat, hat sie auch die dafür angefallenen Kosten von Fr. 400.– (act. 7 S. 2) zu tragen und zu begleichen. Daran mangelt es aber vorliegend. Der der Gläubigerin überwiesene Betrag von Fr. 1'522.60 (act. 5/4) vermag zwar die noch offene Schuld zuzüglich Zins, Mahngebühren und Betreuungskosten ganz knapp zu tilgen. Die erstinstanzlich festgesetzte Spruchgebühr von Fr. 400.– ist davon jedoch nicht erfasst. Die Konkursforderung ist damit noch nicht vollständig getilgt.

E. 8

Bei einer Aufhebung des Konkurses mangels Anzeige der Konkursverhandlung, fällt die zweitinstanzliche Entscheidgebühr regelmässig ausser Ansatz, da die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch allfällig bereits angefallene Kosten des Konkursamts Oerlikon-Zürich werden nach der Praxis der Kammer in solchen Fällen auf die Staatskasse genommen (OGer ZH, PS110149 vom 23. August 2011, E. 3). Da der von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegte Kostenvorschuss von Fr. 750.– im Fall der Aufhebung keine direkte Verwendung findet, können davon Fr. 400.– an die Gläubigerin überwiesen werden. Damit tilgt die Schuldnerin ihre Schuld für die erstinstanzlichen Gerichtskosten gegenüber der Gläubigerin, welche diesen Betrag über ihren Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– bereits vorleistete (act. 7 S. 2). Die Konkursforderung ist somit nach dem Gesagten samt Zinsen und Kosten getilgt bzw. sichergestellt.

E. 9

Die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung sind damit heute nicht mehr erfüllt. Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet und es ist die Konkursöffnung aufzuheben, ohne dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin i.S.v. Art. 174 Abs. 2 SchKG geprüft werden müsste. Da die Schuldnerin das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat, sind ihr die erstinstanzlichen Kosten

- 6 - aufzuerlegen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt dahingegen wie erwähnt (vgl. Ziff. 7) ausser Ansatz. Ebenso sind allfällig bereits entstandene Kosten des Konkursamts Oerlikon-Zürich auf die Staatskasse zu nehmen (OGer ZH, PS110149 vom 23. August 2011, E. 3). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.