

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 17. Februar 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ [Pensionskasse],

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 7. Januar 2015 (EK140283)

Erwägungen:

1. Am 7. Januar 2015 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 26. Januar 2015 wurde diesem Gesuch entsprochen (act. 9).
2. Die Beschwerdeführerin machte u.a. geltend, sie habe die Konkursforderung inzwischen bezahlt. Zudem habe die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 8. Januar 2015 bestätigt, dass sie eigentlich mit der Erstellung des Konkursbegehrens bis am 20. Januar 2015 habe zuwarten wollen und dass das Konkursbegehren leider trotzdem und irrtümlich ausgestellt worden sei und sie bitte um eine wohlwollende Prüfung der Beschwerde der Beschwerdeführerin. Dieses Schreiben sei somit nichts anderes als ein Entschuldigungsschreiben, dass ihr – der Schuldnerin – eine letzte Zahlungsfrist bis am 20. Januar 2015 gewährt worden sei und sie daher nicht an die Konkursverhandlung gegangen sei in der Meinung, es werde solange zugewartet, respektive die Beschwerdegegnerin ziehe versprechungsgemäss das Konkursbegehren zurück (act. 2 S. 7).
3. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können einerseits unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass der Gläubiger dem Schuldner Stundung gewährt hat, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Kann ein Schuldner nachweisen, dass sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere Stundung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklicht hat, wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen.

Es können andererseits im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Im Einzelnen geht es um die Konkursaufhebungsgründe Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat der Schuldner zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen.

4. Das vorinstanzliche Urteil wurde der Beschwerdeführerin am 13. Januar 2015 zugestellt (act. 8/12/1). Die Rechtsmittelfrist lief demnach am 23. Januar 2015 ab. Der Konkurseröffnung liegt eine Forderung der B._____ (Betreibung Nr. ...) über Fr. 3'860.– nebst Zins zu 8% seit 13. Juni 2014 sowie Mahngebühr Fr. 30.–, Bearbeitungsgebühr Fr. 50.– und Betreuungskosten Fr. 146.60, gesamthaft Fr. 4'261.75 (vgl. act. 8/3 und 11) zu Grunde. Die Beschwerdeführerin hat diese Forderung samt Zinsen und Kosten am 8. Januar 2015 mit der Posteinzahlung von Fr. 4'262.55 vollständig bezahlt (act. 5/12 i.V.m. act. 11). Darüber hinaus hat sie am 21. Januar 2015 Zinsrestkosten im Betrag von Fr. 15.– bezahlt (act. 5/12). Ausserdem hat sie die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzlichen Kosten beim Konkursamt Riesbach-Zürich mit Fr. 700.– sichergestellt (act. 5/15) und beim Obergericht einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet (act. 5/16 i.V.m. act. 12). Damit hat die Beschwerdeführerin einen Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, nämlich Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), dargetan. Der vorinstanzliche Entscheid wurde der Gläubigerin am 8. Januar 2015 um 6:52 Uhr via Postfach zugestellt (act. 8/12/2). Mit Schreiben vom 8. Januar 2015, also nach Konkurseröffnung, teilte sie dem Bezirksgericht Meilen mit, sie beziehe sich auf das Konkursbegehren vom 20. November 2014, Betreuung Nr. ..., und ziehe dieses infolge einer Zahlungsvereinbarung zurück. Dieses Schreiben schickte sie dem Gericht am 8. Januar 2015 (act. 8/11 Original) sowie gleichentags vorab per Fax (act. 8/11). Singgemäss handelt es sich bei dieser Eingabe um einen Gläubigerverzicht auf Durchfüh-

rung des Konkurses. Auch dies ist ein Konkurs hinderungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, nämlich von dessen Ziffer 3. Aufgrund dieser belegten Konkurs hinderungsgründe wäre, da sie sich nach Konkurs eröffnung verwirklicht haben, nachfolgend noch die Zahlungsfähigkeit zu prüfen. Von dieser Prüfung kann aber vorliegend abgesehen werden, da – was nachfolgend aufzuzeigen ist – ein Konkurs hinderung vorliegt, der vor Konkurs eröffnung eingetreten ist.

5. a) Die Beschwerdeführerin reichte ein an sie gerichtetes Schreiben der Gläubigerin vom 8. Januar 2015 ein. Darin führte die Gläubigerin Folgendes aus (act. 5/13):

"Telefon vom 20.12.14 betr. Rückzug Konkursbegehren in der EK Nr. ... (Betr. Nr. ...) betr. A._____ GmbH ...

Sehr geehrter Herr C._____

Hiermit bestätigt Ihnen die B._____, dass sie mit der Erstellung des Konkursbegehrens bis zum 20.1.2015 zuwartet.

Leider wurde das Konkursbegehren in der EK Nr. ... trotzdem und irrtümlich ausgestellt.

Da die Forderung inzwischen auch bezahlt worden ist, bitten wir das zuständige Gericht, eine wohlwollende Prüfung des kommenden Rekurses vorzunehmen."

Das Konkursbegehren vom 20. November 2014 ging am 26. November 2014 bei der Vorinstanz ein (act. 8/1). Die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 7. Januar 2015 wurde der Schuldnerin am 5. Dezember 2014 zugestellt (act. 8/8/2). Am 20. Dezember 2014 hat sie sich offenbar, wie aus diesem Schreiben hervorgeht, an die Gläubigerin gewandt und um Rückzug des Konkursbegehrens ersucht. Diese hatte ihr daraufhin zugesichert, dass sie mit der "Erstellung des Konkursbegehrens" bis zum 20. Januar 2015 zuwarte (vgl. act. 2 S. 7; act. 5/13). Beide Parteien unterliessen es in der Folge offenbar, das Gericht über den Zahlungsaufschub zu informieren. Dieses Missgeschick wurde der Gläubigerin klar, nachdem sie das Urteil der Vorinstanz erhalten hatte, worauf sie noch Rückzug erklärte (act. 8/11) und das oben zitierte Schreiben an die Schuldnerin richtete. Es kann offen bleiben und macht in der Praxis auch keinen Unterschied (vgl. act. 8/5 Vorladungsrückseite "wichtige Hinweise" Ziffer 5; ferner Lehre und Rechtsprechung zu

Art. 167 SchKG: BSK SchKG II-Nordmann, 2. Auflage, Art. 167 N 6; BGE 64 I 194 insbes. S. 199) was unter der Aussage, die Gläubigerin warte mit der Erstellung des Konkursbegehrens zu, zu verstehen ist, ob damit eine Sistierung des vorinstanzlichen Verfahrens bzw. eine Verschiebung des Verhandlungstermines wegen Zahlungsaufschubs oder ein Rückzug des bereits gestellten Konkursbegehrens gemeint ist. Wesentlich ist, dass sich aus diesem Schreiben ergibt, dass die Gläubigerin der Schuldnerin vor Konkurseröffnung einen Zahlungsaufschub gewährt hat. Dieses Schreiben der Gläubigerin bestätigt die entsprechende Darstellung der Schuldnerin in der Beschwerdeschrift, mit der sie die Gewährung einer letzten Zahlungsfrist bis am 20. Januar 2015 geltend macht (act. 2 S. 7).

b) Damit hat die Schuldnerin eine konkurshindernde Tatsache (Stundung) im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 7. Januar 2015 eingetreten ist.

6. Zu bemerken ist, dass sich die Schuldnerin beim Konkursrichter hätte erkundigen müssen, ob die Rückzugs- bzw. Zahlungsaufschubserklärung der Gläubigerin eingetroffen sei. Ansonsten hätte sie persönlich zur Verhandlung erscheinen und dem Konkursrichter die entsprechenden Urkunden zum Nachweis des gewährten Zahlungsaufschubs bzw. der Rückzugserklärung des Konkursbegehrens vorlegen müssen, da sie – die Schuldnerin – die Beweislast für die Stundung der Schuld trägt (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Zudem hätte die Schuldnerin auch die durch das Konkurseröffnungsbegehren entstandenen Gerichtskosten im Betrag von Fr. 250.– bezahlen müssen, worauf sie in der Vorladungsverfügung hingewiesen wurde (act. 8/5). Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um eine Konkurseröffnung zu verhindern.
7. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind heute erfüllt. Die Beschwerde erweist sich als begründet.

8. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die nicht rechtzeitige Zahlung der Pensionskassenprämie das Verfahren veranlasst hat und es unterlassen hat, die Vorinstanz über das Vorliegen eines Konkurshinderungsgrundes in Kenntnis zu setzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 7. Januar 2015, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'000.– (Fr. 700.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
17. Februar 2015