

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200173-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Urteil vom 7. September 2020

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. August 2020 (EK200140)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 12. August 2020 (act. 3) eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichts Meilen den Konkurs über die A._____ GmbH (nachfolgend Schuldnerin) für eine Forderung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 13'579.60 nebst 5% Zins seit 17. Dezember 2019 zuzüglich Fr. 100.– "Betreibungskosten", Fr. 50.– Mahnkosten, Fr. 232.40 Verzugszins vor Anhebung der Betreuung sowie Betreuungskosten von Fr. 206.60 (Zahlungsbefehl vom 20. Dezember 2019 [act. 5/2] und Konkursandrohung vom 24. Februar 2020 [act. 5/3] des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon in der Betreuung Nr. ...).

Mit rechtzeitig (vgl. act. 5/19/5) erhobener Beschwerde vom 20. August 2020 (act. 2; Poststempel vom 24. August 2020) beantragt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses. Dabei macht sie geltend, sie habe die Forderung der Gläubigerin samt Zinsen und Kosten am 7. August 2020 – d.h. vor Konkurseröffnung – bezahlt (act. 2). Mit Verfügung vom 27. August 2020 (act. 8) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt und von der Schuldnerin ein Kostenvorschuss eingefordert; dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 10). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-19). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkurseröffnung samt Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Für die Gutheissung der Beschwerde ist zudem erforderlich, dass innert der

Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund vor der Konkurseröffnung verwirklicht hat. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

3. Die Schuldnerin reicht eine vom Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon ausgestellte "Abrechnung" vom 10. August 2020 ins Recht (act. 4/4), bei der es sich um das für die interne Buchhaltung des Betreibungsamtes bestimmte Exemplar der *Schlussabrechnung* in der Betreuung Nr. ... handelt (vgl. act. 7). Obschon dies nicht aus dieser Urkunde selbst hervorgeht, belegt die Schuldnerin damit – in Verbindung mit der an sie erteilten Auskunft des zuständigen Betreibungsbeamten gemäss E-Mail vom 13. August 2020 (act. 4/2), welche von diesem auf telefonische Nachfrage hin bestätigt wurde (act. 7) –, dass die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten mit Valutadatum vom 7. August 2020 – also *vor* Konkurseröffnung – worden war. Ferner stellte die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des erstinstanzlichen Konkurseröffnungsverfahrens sowie jene des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung beim Konkursamt Küsnacht sicher (act. 4/1).

Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann nach dem Gesagten abgesehen werden. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das angefochtene Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichts Meilen vom 12. August 2020 ist aufzuheben.

4. Die Schuldnerin hat es versäumt, die bereits *vor* Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Auch wenn die Bezahlung noch vor dem

Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, durfte sich die Schuldnerin nicht darauf verlassen, dass eine Teilnahme an der Verhandlung über das Konkursbegehren oder eine Mitteilung über die Schuldtilgung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wären. Vielmehr war es nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 12. August 2020 (vgl. act. 12 und act. 15) an ihr, das Konkursgericht auf eine vor der Verhandlung erfolgte Tilgung hinzuweisen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn *der Schuldner durch Urkunden beweist*, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Indem die Schuldnerin die vor der Konkursverhandlung erfolgte Zahlung der Vorinstanz nicht rechtzeitig zur Kenntnis brachte, hat sie sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichts Meilen vom 12. August 2020, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und ebenfalls der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Küsnacht wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'350.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.– als 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 ausbezahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Küsnacht, ferner 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

Der Gerichtsschreiber:

PD Dr. S. Zogg

versandt am:
7. September 2020