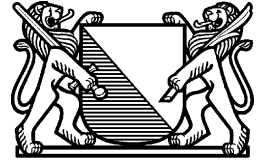


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180219-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 23. November 2018

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Sammelstiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Oktober 2018 (EK180267)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 11.11.2006 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie insbesondere die finanzielle Beratung und Vermögensverwaltung von privaten und institutionellen Anlegern (vgl. act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 31. Oktober 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 162'598.40 nebst 5 % Zins seit 26. Mai 2017, Fr. 3'151.95 Zins bis 25. Mai 2017 und Fr. 706.60 Betreuungskosten, abzüglich der Teilzahlungen von Fr. 9'950.– vom 8. Januar 2018, Fr. 5'000.– vom 10. Januar 2018, Fr. 15'000.– vom 17. Januar 2018, Fr. 4'000.– vom 1. März 2018, Fr. 80'000.– vom 24. Mai 2018 und einer Gutschrift von Fr. 917.– per 30. Juni 2018 (act. 3 = act. 7 = act. 8/10).

1.3. Mit Eingabe vom 6. November 2018 erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gläubigerin und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welche ihr mit Verfügung vom 7. November 2018 (act. 9) vorerst noch nicht und nach der Sicherstellung der Verfahrenskosten (act. 12/1) mit Verfügung vom 8. November 2018 (act. 16) einstweilen gewährt wurde. Zudem stellte sie den Antrag, das Handelsregisteramt sei anzuweisen, von einer Publikation der Konkursöffnung abzusehen bzw. die Publikation zu löschen, sollte sie bereits erfolgt sein.

1.4. Am 7. November 2018 überwies die Schuldnerin Fr. 750.– an die Obergerichtskasse und leistete damit den üblichen Kostenvorschuss für das Verfahren vor Obergericht (vgl. act. 13 ff.).

1.5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-14). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt oder gestundet 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 Konkursgerichtes 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 (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklichte. 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).

2.2. Die Schuldnerin legt dar, dass ihr die Gläubigerin mit Schreiben vom 11. Oktober 2018 eine Übersicht über die offenen Forderungen inkl. Zinsen und Kosten zugestellt hatte. Gemäss dieser Übersicht belief sich die offene Forderung auf Fr. 60'420.45, zuzüglich Gerichtskosten von Fr. 250.– (vgl. act. 5/4). Die Schuldnerin belegt ebenfalls, dass sie am 12. Oktober 2018 diese beiden Beträge an die Gläubigerin überwiesen hatte (act. 5/5 und 5/6) und die Gläubigerin daraufhin den Erhalt bestätigte und der Schuldnerin mitteilte, auf die Durchführung des Konkursverfahrens zu verzichten (vgl. act. 5/8). Eine entsprechende Rückzugserklärung hat die Gläubigerin allerdings erst mit Schreiben vom 2. November 2018 an die Vorinstanz versandt (vgl. act. 5/11), weshalb die Vorinstanz am 31. Oktober 2018 in Abwesenheit beider Parteien den Konkurs über die Schuldnerin eröffnete.

2.3. Vorliegend ergibt sich weder aus den Akten, noch behauptet es die Schuldnerin, dass dem Konkursgericht die Tilgung respektive die Rückzugserklärung vor der Konkurseröffnung mitgeteilt wurde. Es wäre an der Schuldnerin ge-

legen, dem Konkursgericht vor der auf den 31. Oktober 2018 angesetzten Verhandlung entweder durch Urkunden zu beweisen, dass die Schuld inkl. Zinsen und Kosten getilgt wurde (Art. 172 Ziff. 3 SchKG), oder eine Rückzugserklärung der Gläubigerin weiterzuleiten. Eine blosser Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner (und nicht gegenüber dem Konkursgericht) stellt keinen Rückzug i.S.v. Art. 167 SchKG dar (vgl. BSK SchKG-Philippe Nordmann, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N. 14). Die Schuldnerin durfte daher nicht untätig bleiben; das Konkursgericht hat den Konkurs zu Recht eröffnet. Es sei darauf hingewiesen, dass das Handelsregisteramt einen eröffneten Konkurs nach entsprechender Mitteilung des Konkursgerichtes zu publizieren hat (Art. 176 SchKG, Art. 158 HRegV). Dem prozessualen Antrag, wonach das Handelsregisteramt zu Gegenteiligem anzuweisen sei, kann daher nicht entsprochen werden.

2.4. Die Schuldnerin belegt nun vor Obergericht, die Forderung der Gläubigerin inkl. Zinsen und Kosten am 12. Oktober 2018 an die Gläubigerin überwiesen zu haben. Damit hat sie die offene Forderung der Gläubigerin vor der Konkurseröffnung inkl. Zins und Kosten getilgt. Bei rechtzeitiger Mitteilung an die Vorinstanz wäre die Konkurseröffnung nicht erfolgt. Nachdem die Schuldnerin am 6. November 2018 mit einer Zahlung von Fr. 800.00 auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes sichergestellt hat (act. 12/1), ist die Beschwerde – ohne weitere Prüfung der Zahlungsfähigkeit – gutzuheissen.

3.

3.1. Was die Kostentragung betrifft, so ist es der Schuldnerin anzulasten, dass sie die Tilgung der Konkursforderung nicht rechtzeitig vor der Konkurseröffnung dem Konkursgericht mitteilte. Sie hat damit die erstinstanzliche Konkurseröffnung und das Beschwerdeverfahren veranlasst. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Was die Zahlung der Schuldnerin an die Gläubigerin von Fr. 250.– für Gerichtskosten betrifft, so scheint dieser Betrag eine Forderung der Gläubigerin für ein anderes Gerichtsverfahren zu betreffen (EK180114, vgl. act. 8/1). Sollte diese Forderung von der Schuldnerin

zu Unrecht bezahlt worden sein, hat sie sich hinsichtlich einer allfälligen Rückforderung direkt an die Gläubigerin zu wenden. Die Kosten können entgegen dem Ansinnen der Schuldnerin nicht mit den von ihr im vorliegenden Verfahren EK180267 zu tragenden Verfahrenskosten verrechnet werden.

3.2. Abschliessend sei noch auf folgendes hinzuweisen: Die Schuldnerin hat ihren Sitz am 26. April 2018 von C._____ nach D._____ verlegt (act. 5/2). Die Sitzverlegung erfolgte nach der Zustellung der Konkursandrohung vom 28. September 2017 (act. 8/3). Damit blieb der Betreuungsort am bisherigen Sitz fixiert (vgl. Art. 53 SchKG) und auch die Zuständigkeit des Konkursgerichtes und Konkursamtes erhalten. Die Mitteilung über die Konkurseröffnung sowie die darauffolgenden Verfügungen hätten aber in Anbetracht des Sitzwechsels auch an das neu zuständige Betreibungsamt E._____ erfolgen müssen. Soweit dies nicht bereits erfolgt ist, wird dies mit dem vorliegenden Entscheid nachgeholt.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Oktober 2018, 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 F._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 800.– 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, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Mei-

len (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt F._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt G._____, sowie an das Betreibungsamt E._____, 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:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am:
26. November 2018