

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120034-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 14. März 2012

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 15. Februar 2012 (EK110108)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 1. Dezember 2005 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt kurz zusammengefasst den Handel mit Immobilien und Grundstücken sowie den Handel mit Waren aller Art (act. 3).

2. Die Vorinstanz eröffnete mit Verfügung vom 15. Februar 2012 für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 10'636.55 (inkl. Zinsen und Spesen) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 5 = act. 2 = act. 6/5). Mit Eingabe vom 24. Februar 2012 beantragte die Schuldnerin, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, das Handelsregisteramt sei anzuweisen, sämtliche diesbezüglichen Eintragungen zu löschen, und es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 1).

3. Mit Verfügung vom 27. Februar 2012 wurde der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung einstweilen abgewiesen und wurde die Schuldnerin aufgefordert, für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 zu leisten (act. 7). Die Verfügung, die allgemeine Hinweise auf die Voraussetzungen der Aufhebung von Konkursdekreten im Rechtsmittelverfahren enthielt (insbesondere, dass der Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes mit Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit in Wahrung der Rechtsmittelfrist zu erfolgen hätte), wurde der Schuldnerin gleichentags per Fax zugestellt, mit Blick auf die an diesem Datum ablaufende Rechtsmittelfrist (vgl. nachfolgend II./2.).

4. Die Schuldnerin reichte mit Eingabe vom 28. Februar 2012 (und damit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist) unter anderem Unterlagen betreffend Zahlungen an die Gläubigerin zu den Akten und beantragte, dass der Kostenvorschuss aus ihrem Guthaben bei der Obergerichtskasse aus anderen Verfahren von Fr. 1'000.00 bezogen werde (act. 9, 10/1-4). Mit Verfügung vom 29. Februar 2012 wurde die Schuldnerin sodann darauf hingewiesen, dass lediglich ein Guthaben

von Fr. 500.00 bestehe (act. 12; vgl. act. 11). Entsprechend wurde der Schuldnerin die Frist zur Leistung des Vorschusses von Fr. 750.00 abgenommen und wurde ihr eine neue Frist zur Leistung eines Vorschusses (im Sinne des erforderlichen Restbetrages) von Fr. 250.00 angesetzt. Gleichzeitig wurde der erneut gestellte Antrag auf Erteilung aufschiebender Wirkung abgewiesen (act. 12).

5. Die Schuldnerin leistete den ihr auferlegten Vorschuss rechtzeitig, worauf sie mit Eingabe vom 7. März 2012 hinwies, unter gleichzeitiger Wiederholung ihrer bereits erwähnten Rechtsmittelanträge (act. 14, 15).

6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz bezeichnet sich im angefochtenen Entscheid als "Konkursrichter" und eröffnete den Konkurs über die Schuldnerin mit Verfügung (act. 2). Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass nach geltendem Verfahrensrecht das Einzelgericht im summarischen Verfahren für die Konkurseröffnung zuständig ist (§ 20 EG SchKG i.V.m. § 24 lit. c GOG sowie Art. 251 ZPO). Eine als *Konkursrichter* zu bezeichnende Instanz gibt es danach nicht mehr, sondern es ist von einem *Konkursgericht* auszugehen – auch wenn dieses als Einzelgericht amtiert und entsprechend kein Richterkollegium, sondern ein einzelner Richter den Entscheid trifft. Ferner ergehen nach geltendem Recht Sachentscheide auch im summarischen Verfahren als Urteile (§ 135 Abs. 1 GOG). Mit Verfügung ergehen Erledigungsentscheide eines Einzelgerichts danach nur noch bei Nichteintretensentscheiden wegen fehlender Prozessvoraussetzungen (Art. 236 Abs. 1 ZPO) sowie bei Verfahrenserledigung "ohne Entscheid" (gemeint: ohne Entscheid in der Sache) nach Art. 241 f. ZPO (vgl. Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 136 N 4 f.).

Die Schuldnerin erleidet indes durch die falsche Terminologie im angefochtenen Entscheid keinen relevanten Nachteil. Insbesondere ändert sich nichts an

der Zulässigkeit der Beschwerde. Daher ist nicht weiter auf diesen Punkt einzugehen.

2. Der angefochtene Entscheid wurde der Schuldnerin am 17. Februar 2012 zugestellt (act. 6/6/2). Die am 25. Februar 2012 der Post übergebene Beschwerde (act. 1) erfolgte mithin rechtzeitig.

3. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO).

4. Die Schuldnerin macht geltend, an der gesetzlich vorgeschriebenen Verhandlung über das Konkursbegehren hätte der Schuldner Gelegenheit, nachzuweisen, dass die Schuld bezahlt sei. Gerade im vorliegenden Fall hätte die Verhandlung diesen Nachweis erbracht, da zwei Zahlungen bereits erfolgt seien. Die Vorinstanz habe jedoch keine Verhandlung angesetzt, was dem klaren Gesetzestext widerspreche.

Zudem, so die Schuldnerin weiter, habe sie ein Nachlassgesuch eingegeben, dessen Abweisung bei Konkursöffnung noch nicht rechtskräftig gewesen sei, weil die "Rekursfrist" bei der oberen Instanz noch gelaufen sei. Auch hier liege ein klarer Verstoss gegen die gesetzlichen Normen vor (act. 1 S. 1).

5. Aus den beigezogenen Akten des Verfahrens vor der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorinstanz die Verhandlung über das Konkursbegehren mit Vorladung vom 28. November 2011 auf den 13. Dezember 2011 ansetzte und dass die Vorladung der Schuldnerin am 29. November 2011 zugestellt wurde (act. 6/1).

Daraufhin, mit Verfügung vom 16. Dezember 2011, der Schuldnerin zugestellt am 19. Dezember 2011, wies die Vorinstanz auf das am 9. Dezember 2011 beim Nachlassgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon gestellte Gesuch der Schuldnerin um Nachlassstundung hin, und setzte den Entscheid über das Konkursbegehren bis zur rechtskräftigen Bewilligung oder Abweisung des Nachlassstun-

dungsgesuches aus (act. 6/2, 6/3/1). Mit Verfügung vom 1. Februar 2012 wurde sodann auf das Gesuch um Nachlassstundung (mangels Vorschussleistung durch die Schuldnerin) nicht eingetreten (act. 6/4).

Wann die Verfügung vom 1. Februar 2012 der Schuldnerin zugestellt wurde, ist ohne Einsicht in die erstinstanzlichen Akten betreffend Nachlassstundung nicht zu bestimmen, ist jedoch auch nicht erheblich. Gegen die Verfügung vom 1. Februar 2012 war als Rechtsmittel lediglich die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig, welche Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids nicht hemmt (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Grundsätzlich war die Verfügung vom 1. Februar 2012 damit unmittelbar nach ihrer Eröffnung rechtskräftig, und die Schuldnerin macht nicht geltend, bei Konkurseröffnung von der Verfügung vom 1. Februar 2012 noch keine Kenntnis gehabt zu haben (sie wies wie gesehen gegenteils auf die *noch laufende* Rechtsmittelfrist hin). Weiter wurde auch nicht geltend gemacht, dass die Vollstreckbarkeit der Verfügung vom 1. Februar 2012 im Sinne von Art. 325 Abs. 2 ZPO von der Beschwerdeinstanz aufgeschoben worden wäre. Solches ist auch nicht ersichtlich, zumal die Schuldnerin die Verfügung vom 1. Februar 2012 soweit bekannt und von ihr geltend gemacht ohnehin nicht angefochten hat.

Daher ist davon auszugehen, dass die Verfügung vom 1. Februar 2012 am 15. Februar 2012, als der Konkurs über die Schuldnerin eröffnet wurde, rechtskräftig war, so dass das von der Schuldnerin gestellte Gesuch um Nachlassstundung der Konkurseröffnung zu diesem Zeitpunkt nicht mehr im Wege stand.

6. Weiter ist aus den Akten nicht ersichtlich, und wird überdies auch von der Schuldnerin nicht geltend gemacht, dass die vorerwähnte Vorladung vom 28. November 2011 auf den 13. Dezember 2011 den Parteien gegenüber je abgenommen worden wäre. Vielmehr wurde mit Verfügung vom 16. Dezember 2011 und damit erst einige Tage nach dem Verhandlungstermin lediglich der Entscheid über das Konkursbegehren ausgesetzt (act. 6/2).

Sollte die Schuldnerin angenommen haben, nach Stellung eines Gesuches um Nachlassstundung am 9. Dezember 2011 sei die Verhandlung vom

13. Dezember 2011 ohne Weiteres hinfällig geworden, so irrte sie. Eine einmal rechtsgültig mitgeteilte Vorladung ist bis zu ihrer Abnahme grundsätzlich verbindlich. Daher wäre es an der Schuldnerin gewesen, an der Verhandlung vom 13. Dezember 2011 teilzunehmen, wo sie die angebliche Tilgung der Konkursforderung hätte nachweisen können. Dass sie diese Möglichkeit nicht wahrnahm, hat sie sich selber zuzuschreiben. Nach dem Ergehen des Nichteintretensentscheids auf das Gesuch um Nachlassstundung war daher keine erneute Vorladung zu einem neuen Termin erforderlich.

Damit ist der Vorwurf der Schuldnerin, die Vorinstanz habe keine Verhandlung über das Konkursbegehren durchgeführt, aus den geschilderten Gründen von der Hand zu weisen.

7. Wird auf die (wie erwähnt nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereichten) Unterlagen der Schuldnerin betreffend Zahlungen an die Gläubigerin eingegangen, so lässt sich auch daraus nichts zugunsten der Schuldnerin ableiten. Zum einen lässt sich nicht eruieren (und verdeutlicht auch die Schuldnerin nicht), ob es sich bei den Zahlungen von je Fr. 4'990.00 vom 31. Mai 2011, 9. August 2011 und 14. Juli 2011 (act. 10/2-4) um die Konkursforderung (Mietzinsausstände Februar 2011 und März 2011, vgl. act. 6/1) handelt, und zum anderen fehlt ein Hinweis auf die Bezahlung der Zinsen und Betreuungskosten gemäss Zahlungsbefehl vom 13. Mai 2011 (act. 6/1). Eine Tilgung der Schuld inkl. Zinsen und Kosten im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ist damit nicht nachgewiesen worden.

Hinzu kommt, dass die Schuldnerin sich weder in Wahrung der Rechtsmittelfrist noch danach zu ihrer Zahlungsfähigkeit äusserte, geschweige denn diese glaubhaft machte, obwohl sie in den Erwägungen zur Verfügung vom 27. Februar 2012 (act. 7) auf dieses Erfordernis einer Aufhebung der Konkursöffnung hingewiesen wurde.

Zusammenfassend ist die Beschwerde daher abzuweisen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Schuldnerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entsprechend ist auch der vorinstanzliche Kostenscheid zu bestätigen.

2. Der Gläubigerin ist mangels Aufwendungen im zweitinstanzlichen Verfahren für dieses keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und die Verfügung (recte das Urteil) des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 15. Februar 2012 (EK110105-H) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Schuldnerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss von Fr. 250.00 sowie mit ihrem Guthaben bei der Obergerichtskasse von Fr. 500.00 verrechnet.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage je eines Doppels bzw. einer Kopie von act. 1, 9 und 14, sowie an das Konkursamt D._____ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Pfäffikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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:

lic. iur. T. Engler

versandt am: