

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 7. Februar 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 9. Januar 2019 (EK180487)

Erwägungen:

1. Am 9. Januar 2019 wurde mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon über A. _____ GmbH (Schuldnerin und Beschwerdeführerin) der Konkurs eröffnet (act. 7), gestützt auf ein Konkursbegehren vom 22. November 2018. Das Urteil wurde der Schuldnerin am 10. Januar 2019 zugestellt (act. 8/7). Die 10-tägige Rechtsmittelfrist lief unter Berücksichtigung der Regelung zum Fristenablauf am Wochenende am 21. Januar 2019 ab (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde (Poststempel vom 18. Januar 2019, eingegangen am 21. Januar 2019) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzügl. 7.7% MWSt zu Lasten der Beschwerdegegnerin (Stiftung Auffangeinrichtung BVG) für beide Instanzen (act. 2 S. 2).

Am 21. Januar 2019 wurde der Rechtsvertreter der Schuldnerin telefonisch auf die fehlende Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes (inkl. vorinstanzlicher Spruchgebühr) im Umfang von Fr. 1'400.– hingewiesen (act. 9-10). Mit einer der Post am 21. Januar 2019 übergebenen Eingabe reichte die Schuldnerin unter Beilage einer Postquittung über Fr. 1'400.– zugunsten der Obergerichtskasse einen Nachtrag zur Beschwerde ein (act. 12 und act. 13/7). Mit Verfügung vom 22. Januar 2019 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14). Am 28. Januar 2019 (Poststempel) wurde dem Gericht eine weitere Eingabe zugestellt (act. 17). Diese erfolgte nach Ablauf der Beschwerdefrist und kann deshalb im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden (vgl. Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO).

2. In ihrer Beschwerdeschrift machte die Schuldnerin unter Hinweis auf das Schreiben der Gläubigerin (Stiftung Auffangeinrichtung BVG) vom 5. November 2018 und die Banküberweisung vom 26. November 2018 geltend, sie habe die Schuld vollumfänglich bezahlt (act. 2 S. 2 und act. 5/3-4). Der Rechtsvertreter der Schuldnerin führte aus, nach seiner Beauftragung habe er mit der Beschwerdegegnerin Kontakt aufgenommen. Herr B. _____, Mit-

arbeiter des Inkassos der Beschwerdegegnerin, habe ihm bestätigt, dass die Stiftung Auffangeinrichtung mit Schreiben vom 27. November 2018 zu Händen des Betreibungsamtes bestätigt habe, dass die gesamte Schuld abgetragen sei. Mit Schreiben vom 16. Januar 2019 sei die Stiftung Auffangeinrichtung aufgefordert worden, eine Kopie des Schreibens an das Betreibungsamt umgehend zuzustellen. Als keine Bescheinigung eingegangen sei, habe er sich direkt an das Betreibungsamt gewendet, welches mit E-Mail vom 18. Januar 2019 die beiliegende Bestätigung der Beschwerdegegnerin vom 27. November 2018 zugestellt habe. Daraus sei mit jeder gewünschten Deutlichkeit ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin in der zur Diskussion stehenden Betreibung Nr. ..., Betreibungsbegehren vom 14. August 2018, zu Händen des Betreibungsamtes geschrieben habe, dass sie sich auf das oben erwähnte Betreibungsbegehren beziehe und mitteile, dass ihre Forderung vollständig beglichen worden sei. Bei dieser schriftlichen Bestätigung werde die Beschwerdegegnerin behaftet. Offensichtlich sei die entsprechende Mitteilung an die Vorinstanz unterblieben. Aus diesem Grunde habe wohl die Vorinstanz ihr Urteil vom 9. Januar 2019 grundlos gefällt und das Konkursverfahren zu Unrecht eröffnet, obwohl die gesamte Schuld 1,5 Monate zuvor vollständig und nachweislich getilgt worden sei. Da aber die gesamte Schuld beglichen worden sei, dürfe das vorliegende Urteil nicht in Rechtskraft erwachsen, zumal die Beschwerdegegnerin auf das Schreiben vom 16. Januar 2019 nicht reagiert, resp. telefonisch mitgeteilt habe, das Obergericht möge entscheiden. Durch die Unterlassung der Meldung an die Vorinstanz habe die Beschwerdegegnerin das angefochtene Urteil provoziert, weshalb sie für die Kosten antragsgemäss aufzukommen habe (act. 2 S. 2-3). In ihrem Nachtrag zur Beschwerde liess die Schuldnerin ausführen, es seien auch die an das Obergericht überwiesenen Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz von Fr. 1'400.– der Beschwerdegegnerin zu überbinden, da sie durch ihre pflichtwidrige Unterlassung, die Tilgungsmeldung an die Vorinstanz umgehend zu veranlassen, auch diese Kosten schuldhaft verursacht habe (act. 12 S. 2).

3. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkureröffnung kann mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Im Beschwerdeverfahren können Tatsachen neu geltend gemacht werden, die sich vor dem erstinstanzlichen, angefochtenen Entscheid ereignet haben (Art. 174 Abs. 1 SchKG; das in Abweichung des sonst geltenden Ausschlusses aller neuen Behauptungen gemäss Art. 326 ZPO). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkureröffnung nebst 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. Hat sich der Konkursaufhebungsgrund vor der Konkureröffnung verwirklicht, so wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen (vgl. OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014). Dass ein Schuldner bei Tilgung der Konkursforderung vor Konkureröffnung die Kosten des Konkursgerichtes (zusammen mit jenen des Konkursamtes), welche auch zur Schuld gehören, erst nach der Konkureröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79).
4. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin die Bezahlung der der Konkureröffnung zugrunde liegenden Restforderung von Fr. 434.10 (vgl. act. 5/3) mit dem Einreichen des Zahlungsauftrages, Ausführungsdatum 26. November 2019 (act. 5/4), und des Schreibens der Gläubigerin an das Betreibungsamt vom 27. November 2018 betreffend vollständiger Tilgung der Forderung (act. 5/6) nachgewiesen. Damit ist eine konkurshindernde Tatsache dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 9. Januar 2019 eingetreten ist. Ausserdem stellte die Schuldnerin während laufender Beschwerdefrist, nämlich mit Posteinzahlung am 21. Januar 2019, bei der Obergerichtskasse die ihr vom Gericht mitgeteilten voraussichtlichen Kosten des Konkursamtes (Fr. 1'000.–, vgl. act. 10) und die Kosten der Vorinstanz (Fr. 400.–, act. 7), insgesamt Fr. 1'400.–, sicher (act. 13/7).

Im Beschwerdeverfahren gegen die Konkureröffnung hat ein Schuldner einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– zu leisten (Art. 52 und Art 61 Abs. 1

GebV SchKG). Da das Konkursamt in einer späteren Mitteilung seine voraussichtlichen Kosten um Fr. 400.– auf Fr. 600.– reduzierte (vgl. act. 10), die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse somit Fr. 400.– zu viel hinterlegte, wurde der von ihr zu leistende Vorschuss für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 350.– festgesetzt (act. 14). Auch diese Kosten hat die Schuldnerin bezahlt (act. 19). Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Praxisgemäss ist – wie erwähnt – von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abzusehen.

5. Nach der Zahlung der Konkursforderung durfte die Schuldnerin nicht davon ausgehen, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren – mit Kostenfolgen für das vorinstanzliche Verfahren – zurückzieht. Es ist weder Aufgabe des Betreibungsamtes noch der Gläubigerin, das Konkursgericht über die Tilgung der Forderung zu informieren. Vielmehr liegt es an der **Schuldnerin**, dem Konkursgericht mittels Urkunden die Tilgung der Konkursforderung nachzuweisen oder allenfalls eine Rückzugserklärung der Gläubigerin beizubringen. Zudem hat die Schuldnerin auch die durch das Konkurseröffnungsbegehren entstandenen Gerichtskosten zu bezahlen. Darauf wurde die Schuldnerin in der Vorladungsverfügung unter "wichtige Hinweise" hingewiesen (vgl. act. 8/3 Vorladung S. 2). Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um eine Konkurseröffnung durch das erstinstanzliche Gericht zu verhindern.
6. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie zum einen durch die nicht rechtzeitige Zahlung der Prämien das Verfahren veranlasst, und es zum anderen ebenfalls unterlassen hat, die Vorinstanz über das Vorliegen eines Konkurshinderungsgrundes in Kenntnis zu setzen und die Gerichtskosten zu bezahlen. Demzufolge ist der Schuldnerin auch keine Entschädigung zuzusprechen. Eine Entschädigung an die Beschwerdegegnerin entfällt, weil ihr im vorliegenden Verfahren keine Umtriebe entstanden sind, die abzugelten wären.

7. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, von dem bei ihr zur Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes (inkl. vorinstanzlicher Spruchgebühr) hinterlegten Betrag von Fr. 1'400.–, Fr. 1'000.– dem Konkursamt Schlieren zu überweisen. Den Rest, Fr. 400.–, hat die Obergerichtskasse zur Deckung der vorliegenden Spruchgebühr heranzuziehen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 9. Januar 2019, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr zur Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes (inkl. vorinstanzlicher Spruchgebühr) hinterlegten Betrag von Fr. 1'400.– dem Konkursamt Schlieren Fr. 1'000.– zu überweisen.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss (Fr. 350.–) und dem Rest der Hinterlegung (Fr. 400.–) verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
4. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Überweisung der Obergerichtskasse sowie Fr. 1'400.– 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.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, 12 und act. 17, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), an das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Schlieren/Urdsorf, je gegen Empfangsschein.
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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
7. Februar 2019