

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220073-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 20. April 2022

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. März 2022 (EK220036)

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) bezweckt Kauf, Haltung, Verkauf, Vermietung, Bau und Umbau von Immobilien, insbesondere im europäischen Raum (vgl. act. 5/2 und act. 6).

1.2 Mit Urteil vom 30. März 2022 (act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar]) eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von total Fr. 4'584.60 (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon [nachfolgend: Betreibungsamt]) (vgl. act. 7 S. 2).

1.3 Dagegen erhebt die Schuldnerin mit Eingabe vom 11. April 2022 rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 8/11 i.V.m. act. 8/12/5 i.V.m. act. 2 S. 1). Sie verlangt die Aufhebung der Konkursöffnung und macht den Konkurshinderungsgrund der Tilgung (vor Konkursöffnung) geltend. Weiter stellt sie einen Antrag auf aufschiebende Wirkung (act. 2 S. 2).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1-12). Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren hat die Schuldnerin bereits geleistet (vgl. act. 5/8). Das Verfahren ist spruchreif. Der Gläubigerin ist noch ein Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung aufheben, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden der Gläubigerin hinterlegt ist (Hinterlegung) oder die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (vgl. Art. 174 Abs. 2 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. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkursverhinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn die Schuldnerin gleichzeitig ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

2.2 Die Schuldnerin macht geltend, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bereits vor Konkursöffnung bezahlt zu haben. Sie habe am 17. März 2022 den Betrag von Fr. 4'584.60 (act. 5/3) und am 28. März 2022 den Betrag von Fr. 41.45 (act. 5/4 i.V.m. act. 5/5) an das Betreibungsamt bezahlt (act. 2 Rz. 10). Zum Nachweis reicht die Schuldnerin zwei Abrechnungen des Betreibungsamtes vom 17. März 2022 (act. 5/3-4) ein. In der ersten quittiert das Betreibungsamt in der Betreuung Nr. ... unterschriftlich, dass die Schuldnerin von dem am 17. März 2022 geschuldeten Saldo von Fr. 4'589.05 Fr. 4'584.60 bezahlt habe; davon lieferte das Betreibungsamt der Gläubigerin einen Betrag von Fr. 4'552.60 ab (vgl. act. 5/3 i.V.m. act. 5/5). In der zweiten figuriert – unter Berücksichtigung des der Gläubigerin bereits abgelieferten Betrages von Fr. 4'552.60 – ein geschuldeter Endbetrag provisorisch von insgesamt Fr. 41.45 (Fr. 27.35 [Fr. 4'589.05 - Fr. 4'552.60 - Fr. 9.10] + Fr. 5.– Inkassokosten + Fr. 9.10 provisorische Kosten Abrechnung). Diese zweite Abrechnung enthält keine Unterschrift, sondern lediglich ein handschriftliches "bez. 28.3.22" (act. 5/4). Da aus der Abrechnung der Gläubigerin hervorgeht, dass ihr der erwähnte Betrag von Fr. 27.35 valuta 30. März 2022 abgeliefert wurde (vgl. act. 5/5), ist davon auszugehen, dass das Betreibungsamt auch die Inkassokosten von Fr. 5.– und die provisorischen Kosten von Fr. 9.10 (bzw. total Fr. 41.45) erhalten hat, zumal diese Kosten als Betreuungskosten vorweg bezahlt bzw. in Abzug gebracht werden (vgl. Art. 68 und Art. 144 SchKG). Im Ergebnis ist damit belegt, dass die Schuldnerin die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten vor Konkursöffnung bezahlt hat. Die Schuld ist durch die Zahlung an das Betreibungsamt erloschen (Art. 12 SchKG).

2.3 Weiter geht aus der eingereichten Bestätigung des Konkursamtes Riesbach-Zürich vom 8. April 2022 (act. 5/7) hervor, dass die Schuldnerin auch die Kosten

der Vorinstanz und des Konkursamtes mit ihrer Zahlung von Fr. 1'000.– am 8. April 2022 und damit fristgerecht, sichergestellt hat. Die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes, wofür die Gläubigerin nach Art. 169 SchKG haftet, gehört (jedenfalls soweit die Schuldnerin diese Kosten durch Säumnis veranlasst hat) auch zur Tilgung der Schuld (Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 172 N 3, Art. 174 N 10). Die Schuldtilgung ist somit im vorliegenden Fall in wesentlichem Umfang vor, zum Teil aber auch erst nach der Konkurseröffnung erfolgt. Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG wäre deshalb grundsätzlich die Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen. Die Kammer lässt jedoch den Umstand, dass die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, in ständiger Praxis unberücksichtigt, wenn die Schuldtilgung im Übrigen (wie hier) ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit wird in diesem Fall abgesehen (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79; OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014, PS150137 vom 20. August 2015).

2.4 Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen, das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. März 2022 (Geschäfts-Nr. EK220036) aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

2.5 Mit dem Entscheid in der Sache ist der Antrag auf aufschiebende Wirkung gegenstandslos und abzuschreiben.

3. Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen. Sie hat sowohl das erstinstanzliche als auch das zweitinstanzliche Verfahren veranlasst: das erstinstanzliche Verfahren, weil sie ihre Schuld erst tilgte, nachdem die Gläubigerin das Konkursbegehren gestellt hatte, und das Beschwerdeverfahren, weil sie es unterliess, der Vorinstanz ihre Zahlung nachzuweisen und die Gerichtskosten zu begleichen. Es ist Sache der Parteien, das Konkursgericht über die Zahlung an das Betreibungsamt zu informieren (BGer 5A_519/2019 vom 29. Oktober 2019, E. 3.4.1. f.). Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG).

Der Gläubigerin ist mangels Aufwendungen, die zu entschädigen wären, keine Parteientschädigung zuzusprechen. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– Rest des von der Gläubigerin der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. März 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidegebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) 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 der Beschwerdeschrift (act. 2), sowie an das Einzelgericht (Kon-

kurssachen) 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.

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. A. Götschi

versandt am: