

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180159-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. S. Mazan und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 31. August 2018

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 23. August 2018 (EK181201)

Erwägungen:

1. Gestützt auf das Konkursbegehren der B. _____ Pensionskasse vom 20. Juli 2018 gegen die Schuldnerin A. _____ GmbH (act.10/1) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich mit Urteil vom 23. August 2018 für eine Forderung von Fr. 3'593.40 nebst Zins zu 5 % seit 09.03.2018, eine Forderung von Fr. 151.40 ohne Zins und Fr. 146.60 Betreuungskosten über die Schuldnerin den Konkurs (act. 9). Mit Eingabe vom 28. August 2018 (überbracht) verlangte C. _____ namens der Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).
2. Mit Eingabe vom 31. August 2018 (Poststempel) reichte C. _____ eine Vollmacht des Gesellschafters und Geschäftsführers, D. _____, der Schuldnerin ein (act. 13 i.V.m.act. 8).
3. Da sogleich in der Sache zu entscheiden ist, wird das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.
4. In ihrer Beschwerdeschrift machte die Schuldnerin unter Hinweis auf den Buchungsbeleg der UBS und der Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich geltend, sie habe die Forderungen dem Betreibungsamt (inkl. Zinsen und Betreuungskosten) mit Valuta 23. August 2018 überwiesen und somit vor der Konkurseröffnung die Forderung bezahlt (act. 2 i.V.m. act. 4/1-3).
5. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen 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 Konkurseröffnung 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 (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung 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 in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79).

6. a) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin mit Einreichung des Auszahlungsbeleges der UBS und der Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 die vollständige Zahlung der Konkursforderung (Valuta-Datum 23. August 2018) belegt (act. 4/1-3 i.V.m. act. 9). Zugunsten der Schuldnerin ist davon auszugehen, dass die Zahlung vor Konkurseröffnung (23. August 2018 10:00 Uhr) erfolgte. Damit ist eine konkurshindernde Tatsache dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 23. August 2018 eingetreten ist. Ausserdem stellte die Schuldnerin während laufender Beschwerdefrist, nämlich am 28. August 2018, beim Konkursamt Aussersihl-Zürich die Kosten des Konkursamtes und die Kosten der Vorinstanz (Fr. 400.–) sicher (act. 5). Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.– leistete die Schuldnerin einen Vorschuss (act. 14). Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Praxisgemäss ist von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abzusehen.
- b) Zu bemerken ist noch, dass jeweils der **Schuldner** dem Konkursgericht mittels Urkunden die Tilgung der Konkursforderung nachzuweisen oder allenfalls eine Rückzugserklärung des Gläubigers beizubringen hat. Zudem hat der Schuldner auch die durch das Konkurseröffnungsbegehren entstandenen Gerichtskosten auf der Konkursgerichtskanzlei bis zum Konkurseröffnungstermin bar zu bezahlen. Darauf wird der Schuldner jeweils im Anhang zur Vorladungsverfügung hingewiesen (vgl. act. 10/5/2 S. 2). Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um eine Konkurseröffnung durch das erstinstanzliche Gericht zu verhindern.

7. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie zum einen durch die nicht rechtzeitige Zahlung der BVG-Prämien das Verfahren veranlasst, und es zum anderen ebenfalls unterlassen hat, die Vorinstanz über das Vorliegen eines Konkurs hinderungsgrundes 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.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. August 2018 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 von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 6, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, 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:
31. August 2018