

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190128-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie
Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 19. August 2019

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 7. August 2019 (EK191043)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 7. August 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 18'891.40 nebst Zins zu 5% seit 29. März 2019 sowie Fr. 327.80 und Fr. 212.60 Betreuungskosten (act. 3). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 8. August 2019 Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2), welche ihr mit Verfügung vom 9. August 2019 gewährt wurde (act. 8). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin diesen bereits geleistet hatte (vgl. act. 4/4). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1–11). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, ohne Einschränkung geltend gemacht werden. 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. Für die Gutheissung der Beschwerde ist zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts 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 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).

3. Die Schuldnerin belegt mit Abrechnungen des Betreibungsamts vom 27. Juni 2019 und 16. Juli 2019, die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung (samt Zinsen und Inkassokosten) vor Konkurseröffnung getilgt zu haben (act. 4/1; act. 4/2). Ferner hat die Schuldnerin beim Konkursamt Oerlikon-Zürich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Kon-

kursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'500.– sichergestellt (act. 4/3). Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann folglich abgesehen werden. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. August 2019 ist aufzuheben.

4. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Auch wenn die Bezahlung vor dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, durfte sich die Schuldnerin nicht darauf verlassen, dass eine Teilnahme an der Verhandlung über das Konkursbegehren oder eine Mitteilung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wären. Vielmehr war es an ihr, nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung selber beim Konkursgericht auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen. Dies insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn *der Schuldner durch Urkunden beweist*, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Indem die Schuldnerin die erfolgte Zahlung der Vorinstanz nicht rechtzeitig zur Kenntnis brachte, hat sie sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. 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.

5. Die bei der Obergerichtskasse von der Schuldnerin zusätzlich hinterlegten Fr. 100.– (act. 4/5) sind der Schuldnerin herauszugeben.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. August 2019 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. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– 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 seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Schuldnerin die von ihr hinterlegten Fr. 100.– auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, die Obergerichtskasse, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am:
20. August 2019