

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190143-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 6. September 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

GastroSocial Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 21. August 2019 (EK191171)

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) bezweckt gemäss Handelsregistereintrag das Betreiben von Gastronomie und die Führung eines Take Aways (vgl. act. 5).

1.2 Mit Urteil vom 21. August 2019, mit Wirkung ab 11:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 1'064.40 nebst Zins zu 5% seit 8. Mai 2019 und Fr. 122.40 Nebenforderung sowie Fr. 146.60 Betreibungskosten (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar]).

1.3 Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin Beschwerde, beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Mit Präsidialverfügung vom 23. August 2019 (act. 10) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin gleichzeitig Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt, den diese leistete (vgl. act. 14).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 7/1-14). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkursaufhebungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.2 Den beigezogenen Akten kann entnommen werden, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursöffnung (vgl. act. 7/6 i.V.m. 7/8) – wie auch das angefochtene Konkursöffnungsurteil (vgl. act. 7/13 i.V.m. act. 13) – nicht zugestellt werden konnte.

Ob das angefochtene Urteil über die Konkursöffnung mangels Nachweises der Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung an die Schuldnerin aufgehoben und die Sache zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaligem Entscheid über das Konkursbegehren an die Vorinstanz zurückgewiesen werden müsste, kann jedoch offen bleiben, zumal die Schuldnerin dies nicht bestranndet und ihre Beschwerde – wie nachfolgend darzulegen sein wird – ohnehin gutzuheissen ist.

2.3 Die Schuldnerin hatte dem Betreibungsamt Zürich 9 am 11. Juli 2019, mithin vor der Konkursöffnung, einen Betrag von Fr. 1'342.55 bezahlt. Das Betreibungsamt hatte der Schuldnerin einen Saldo von Fr. 1'342.70 berechnet und ihr die erwähnte Zahlung als Teilzahlung quittiert (vgl. act. 4/2). Davon wurden in der Folge (nach Abzug der Inkasso-Kosten von Fr. 6.70) Fr. 1'335.85 an den Gläubiger weitergeleitet und ein "Restbetrag provisorisch inkl. IK (Inkassokosten), ohne künftige Zinsen und Kosten: 11.85" vermerkt (vgl. act. 4/2 i.V.m. act. 4/1). Die Schuldnerin macht geltend, die Gläubigerin habe ihr bestätigt, dass alles bezahlt sei, sie keinerlei Konsequenzen fürchten und auch nicht an den Termin (Konkursöffnung) gehen müsse. Über den Verlauf sei sie nun überrascht; es sei "ein grosses Missverständnis" (vgl. act. 2). Der eingereichten Kopie der Schuldnerin von der Zahlungsmitteilung der Gläubigerin zuhanden des Bezirksgerichtes Zürich im Rahmen des Konkursbegehrens (vgl. act. 4/1) ist denn auch zu entnehmen, dass die Gläubigerin davon ausging, dass mit dem an sie per 15. Juli 2019 weitergeleiteten Betrag von Fr. 1'335.85 alles bezahlt sei. Den Restbetrag von Fr. 11.85, der im Wesentlichen aus offen gebliebenen und neuen Inkassokosten besteht, bezahlte die Schuldnerin beim Betreibungsamt am Tag nach der Konkursöffnung (vgl. act. 4/4).

Vor diesem Hintergrund ist die Schuldnerin nach Treu und Glauben so zu stellen, wie wenn die Tilgung der Forderung samt Zinsen und Betreuungskosten

vollumfänglich vor der Konkurseröffnung erfolgt wäre. Im Übrigen bestätigte die Gläubigerin mit Eingabe vom 29. August 2019 (Datum Poststempel) ausdrücklich die vollumfängliche Tilgung und erklärte ihr Desinteresse an der Konkurseröffnung (vgl. act. 12), womit auch ein Verzicht auf die Durchführung des Konkurses im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG vorliegt.

2.4 Des Weiteren hat die Schuldnerin am 23. August 2019 beim Konkursamt Altstetten-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 9).

Die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes, wofür der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet, gehört (jedenfalls soweit der Schuldner diese Kosten durch Säumnis veranlasst hat) zur Schuldtilgung (Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 172 N 3, Art. 174 N 10). Nach der Praxis der Kammer bleibt der Umstand, dass die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, bei dieser Konstellation unberücksichtigt, sofern die Schuldtilgung im Übrigen ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist. Inkassokosten, die vom Betreibungsamt erhoben werden, sind analog zu behandeln. 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).

Nach dem Gesagten hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft zu machen.

2.5 Damit ist die Beschwerde der Schuldnerin gutzuheissen, das Urteil des Konkursgerichts Zürich vom 21. August 2019 (Geschäfts-Nr. EK191171-L) aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

3. Obschon die Beschwerde gutzuheissen ist, sind die Gerichtsgebühren bei der Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie die Verfahren letztlich durch

ihr Verhalten veranlasst hat. Die erstinstanzliche Spruchgebühr hat sie bereits bezahlt (oben E. 2.4).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. August 2019, mit dem über die Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, 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 Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– 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 auszuführen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien,
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
 - das Konkursamt Altstetten-Zürich,ferner mit besonderer Anzeige an
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
 - das Betreibungsamt Zürich 9,je gegen Empfangsschein.

5. 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:
6. September 2019