

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200180-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. S. Bohli Roth

Urteil vom 30. Oktober 2020

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C. _____ Treuhand AG, D. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 15. September 2020 (EK201203)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 15. September 2020 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für Forderungen von insgesamt Fr. 7'711.30 je nebst Zins zuzüglich Fr. 146.60 Betreibungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sie bringt vor, die Konkursforderung samt Zinsen und Betreibungskosten bereits vor der Konkurseröffnung beglichen zu haben. Zum Zahlungsnachweis reichte sie verschiedene Unterlagen ein (act. 2, act. 4/1-6). Weiter stellte sie die konkursamtlichen sowie die erstinstanzlichen Kosten sicher (act. 5).

Mit Verfügung vom 18. September 2020 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt. Sodann wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Der Vorschuss ging innert Frist bei der Gerichtskasse ein (act. 12). Am 26. September 2020 und damit ebenfalls noch innerhalb der Rechtsmittelfrist reichte die Schuldnerin eine Ergänzung zu ihrer Beschwerdeschrift und weitere Belege nach (act. 13 und 14/8-13).

2. 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 (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Der Schuldner kann also nachweisen, dass er die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bereits vor Konkurseröffnung bezahlt hat. In dieser Konstellation ist für die Gutheissung der Beschwerde (nur) erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes sichergestellt werden. Dann sieht die Kammer nach ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab; dies ungeachtet dessen, dass der Schuldner – mit Blick auf die Sicherstellung der Konkurs- und der erstinstanzlichen Gerichtskosten – auch auf erst nach der Kon-

kurseröffnung verwirklichte Tatsachen abstellt (Art. 174 Abs. 2 SchKG; zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

3.a) Die Schuldnerin erklärt im Beschwerdeverfahren, nach der Leistung von Teilzahlungen am 29. April und 2. Juni 2020 in der Höhe von Fr. 3'000.– würde sich die Konkursforderung noch auf Fr. 5'564.90 inklusive Zinsen und Betreuungskosten belaufen (act. 2, act. 13, act. 14/8-9). Auf diesen Betrag lautet jedenfalls das Konkursbegehren vom 23. Juli 2020, in welchem die Gläubigerin die – erst nach der Konkursandrohung vom 12. Februar 2020 erbrachten – Teilzahlungen vom Total in Abzug brachte (act. 8/3 und 8/5). Im Zeitpunkt des Konkursbegehrens wäre die Forderung inklusive Zinsen korrekterweise etwas tiefer gewesen (weil nach den Teilzahlungen ab deren jeweiligem Eingang nicht mehr Zins auf die gesamte Forderungssumme geschuldet war, sondern auf dem jeweils neuen ausstehenden Betrag). Andererseits lief zwischen dem Begehren um Konkursöffnung und der Konkursöffnung der Zins weiter. Mit der Zahlung von Fr. 5'564.90 ist die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten indes gedeckt; dass die Konkursrichterin die Teilzahlungen in ihren Erwägungen (versehentlich) unerwähnt liess, ist nicht massgebend (act. 7 S. 1).

b) Die Schuldnerin macht weiter geltend, sie habe den Betrag bereits vor der Konkursöffnung bezahlt (act. 2, act. 13). Mit der Beschwerde reichte sie eine Belastungsanzeige, die Buchungsdetails sowie ein Bestätigungsmail der Credit Suisse ein, wonach diese der Schuldnerin am 15. September 2020, 10.18 Uhr, Fr. 5'564.90 zugunsten der Gläubigerin belastete (act. 4/3-4 = act. 8/13, act. 14/10). Zudem legt die Schuldnerin ein E-Mail vom 15. September 2020, 11.12 Uhr, vor, worin die Gläubigerin den Zahlungseingang auf ihrem Konto bestätigt und erklärt, dass die Forderung damit ausgeglichen sei (act. 4/5). Diese Belege waren der Vorinstanz nur zum Teil bekannt (Prot. Vi S. 7), lag ihr doch lediglich act. 8/13 (= act. 4/3-4) vor. Mit einem weiteren Schreiben vom 17. September 2020 bekräftigte die Gläubigerin, die dem Konkursverfahren zugrundeliegende Forderung sei getilgt und auf die Durchführung des Konkurses könne verzichtet werden (act. 6 = act. 14/11). Damit ist belegt, dass die Konkursforderung samt

Zinsen und Betreuungskosten vor der am 15. September 2020 um 11.30 Uhr ausgesprochenen Konkursöffnung beglichen wurde.

Da im Konkursbegehren Betreuungskosten von Fr. 346.60 aufgeführt sind (act. 8/3), diese Kosten sich aber effektiv nur auf Fr. 146.60 belaufen (act. 8/5, act. 14/12), vermutet die Schuldnerin, mit ihrer Zahlung von Fr. 5'564.90 nebst dem Zins und den Betreuungskosten auch die Kosten des konkursrichterlichen Verfahrens von Fr. 200.– beglichen zu haben (act. 13). Dabei übersieht sie, dass die Gläubigerin im Konkursbegehren den ihr zustehenden Zins naturgemäss nur bis zum Begehren und nicht bis zur Tilgung bzw. Konkursöffnung (vgl. Art. 209 Abs. 1 SchKG) berechnete (vgl. oben, E. 3.a). Am 15. September 2020 (Datum der Tilgung und Konkursöffnung) hätte der geschuldete Betrag *einschliesslich* der Gerichtskosten infolge des Zinsenlaufes den bezahlten Betrag von Fr. 5'564.90 überstiegen. Die Zahlung umfasst demnach die erstinstanzlichen Gerichtskosten nicht. Dies zeigt sich auch darin, dass die Schuldnerin am 15. September 2020 Fr. 200.– zuhanden der Bezirksgerichtskasse einzahlte, welche am 16. September 2020 eingingen (act. 11). Da die Schuldnerin die Gerichtskosten von Fr. 200.– somit verspätet geleistet hatte, eröffnete die Vorinstanz den Konkurs jedenfalls zu Recht.

c) Zu den Kosten, die die Schuldnerin der Gläubigerin gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abwendung des Konkurses zu zahlen hat, gehören nebst den Betreuungskosten auch die Kosten des Konkursamtes sowie des konkursrichterlichen Verfahrens (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. A., Art. 172 N 3; vgl. auch act. 8/6-7 Ziff. 5 der "wichtigen Hinweise"). Im Beschwerdeverfahren wies die Schuldnerin mit einer Bestätigung des Konkursamtes Altstetten-Zürich nach, dass sie sowohl für die Kosten des Konkursamtes als auch für die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens Sicherheit geleistet hatte (act. 5). Anzumerken ist, dass die Gerichtskosten nur dann in der in der Vorladung angegebenen Höhe von Fr. 200.– anfallen, wenn eine Erklärung des Gläubigers (Rückzug des Konkursbegehrens oder Stundung) oder vom Schuldner nachgewiesene Gründe im Sinne von Art. 172 ff. SchKG der Konkursöffnung entgegenstehen. Vorliegend wurde der Konkurs jedoch eröffnet, weshalb sich die effektiven Gerichtskosten auf

Fr. 400.– belaufen (act. 7). Die Schuldnerin stellte die Kosten von Konkursamt und Konkursgericht zwar erst nach der Konkurseröffnung, aber innert der Beschwerdefrist sicher. Somit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt, ohne dass, wie unter Ziffer 2 erwogen, die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen wäre.

Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet, und die Konkurseröffnung ist aufzuheben. Die an die Bezirksgerichtskasse bezahlten Fr. 200.– sind der Schuldnerin zurückzuerstatten.

4. Die Kosten beider Instanzen und auch des Konkursamtes hat die Schuldnerin zu tragen. Sie hat diese Verfahren veranlasst, indem sie die Konkursforderung erst unmittelbar vor der Konkurseröffnung tilgte und die Kosten des Konkursgerichtes nicht rechtzeitig vor der – auf Antrag der Schuldnerin mehrfach verschobenen – Konkursverhandlung sicherstellte (vgl. act. 8).

Dass die Gläubigerin in ihrem Schreiben vom 17. September 2020 erklärte, mit Erhalt der Zahlung könne aus ihrer Sicht auf die Durchführung des Konkurses verzichtet werden (act. 6), ändert nichts an der Kostenaufgabe. Die Erklärung erfolgte wegen der vollständigen Bezahlung der Konkursforderung durch die Schuldnerin. Ein solcher Verzicht ist nicht als Klagerückzug nach Art. 106 Abs. 1 ZPO zu verstehen, welcher grundsätzlich eine Kostenpflicht nach sich zieht. Auch kann der Erfolg der Schuldnerin im Rechtsmittelverfahren nicht als Unterliegen der Gläubigerin gewertet werden. Eine Parteientschädigung ist der Gläubigerin jedoch bereits mangels Antrag nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. September 2020 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. Die Kasse des Bezirksgerichtes Zürich wird angewiesen, die bei ihr einbezahlten Fr. 200.– der Schuldnerin zurückzuerstatten.
4. 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 auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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. S. Bohli Roth

versandt am:
3. November 2020