

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200224-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 2. Dezember 2020

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Versicherungs-Gesellschaft AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 9. November 2020 (EK200448)

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz an der C.____-strasse ... in ... D.____, welche die Führung und den Betrieb eines Gastrolokals für Unterhaltung, Disco und Entertainment bezweckt (act. 7).

1.2 Mit Urteil vom 9. November 2020 (act. 6/9 = act. 3 = act. 5 [Aktenexemplar]) eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'709.– nebst 5 % Zins seit 1. Januar 2020 und Fr. 150.– bisherige Umtriebskosten sowie Fr. 168.85 Betreuungskosten (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Opfikon [nachfolgend: Betreibungsamt]).

1.3 Dagegen erhebt die Schuldnerin mit Eingabe vom 17. November 2020 Beschwerde (act. 2). Sie verlangt die Aufhebung der Konkursöffnung und macht den Konkurshinderungsgrund der Tilgung (vor Konkursöffnung) geltend. Weiter stellt sie einen Antrag um aufschiebende Wirkung, unter ausgangsgemässer Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (a.a.O.).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 6/1-10). Mit Verfügung vom 19. November 2020 (act. 8) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist zur Leistung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser ist eingegangen (act. 10). Das Verfahren ist spruchreif. Der Gläubigerin ist noch eine Kopie 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 der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Hinterlegung) oder der

Gläubiger 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 Konkurs hinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG, vgl. zur Ausnahme vom Grundsatz des Glaubhaftmachens der Zahlungsfähigkeit nachfolgende E. 2.3).

2.2 Die Schuldnerin beruft sich auf den Konkurs hinderungsgrund der Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Sie bringt vor, im Zeitpunkt der Konkurs eröffnung vom 9. November 2020 sei die der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Opfikon zugrunde liegende Forderung von Fr. 1'709.– nebst 5 % Zins seit 1. Januar 2020 und Fr. 150.– bisherige Umtriebsspesen sowie Fr. 168.85 Betreuungskosten bereits bezahlt gewesen. Zum Nachweis, dass die der Konkurs eröffnung zugrunde liegende Forderung vor Konkurs eröffnung bezahlt wurde, reicht die Schuldnerin eine Abrechnung des Betreibungsamtes vom 2. Oktober 2020 ein, worin unterschriftlich quittiert wird, den Endbetrag von Fr. 2'124.95 in der erwähnten Betreuung erhalten zu haben (vgl. act. 4/1). Damit ist belegt, dass die Schuldnerin die der Konkurs eröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten vor Konkurs eröffnung bezahlt hat.

2.3 Weiter geht aus der entsprechenden Bestätigung des Konkurs amtes Wallisellen vom 10. November 2020 (act. 4/2-3) hervor, dass die Schuldnerin am 10. November 2020 bzw. am Tag nach der Konkurs eröffnung und damit vor Ablauf der Rechtsmittelfrist einen Vorschuss von Fr. 1'000.– geleistet hat, der im Fall einer Gutheissung der Beschwerde die Kosten des Konkurs verfahrens inklusive der Kosten des Bezirksgerichtes für die Konkurs eröffnung zu decken vermag. 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) 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 erst auch 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 im vorliegenden Fall – ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist in diesem Fall abzusehen (vgl. statt vieler 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 Bülach vom 9. November 2020 (Geschäfts-Nr. EK200448) aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

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, dem Konkursgericht ihre Zahlung nachzuweisen und die Gerichtskosten zu begleichen. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 9. November 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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– 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 auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2,
 - das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
 - das Konkursamt Wallisellenferner mit besonderer Anzeige an
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
 - das Betreibungsamt Bülachje 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: