

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220188-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss und Urteil vom 7. November 2022

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 25. Oktober 2022 (EK221618)

Erwägungen:

1.1 Mit Eingabe vom 1. November 2022 (Poststempel) erhob die Schuldnerin innert Frist (vgl. act. 6/11) Beschwerde gegen das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Oktober 2022, mit welchem über sie aufgrund einer Forderung der Gläubigerin (Betreibung Nr. ...) der Konkurs eröffnet wurde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung und macht im Wesentlichen geltend, die der Konkurseröffnung zu Grunde liegende Forderung vor Konkurseröffnung bezahlt zu haben (act. 2 u. 3 [= Entscheid Vi.]).

1.2 Mit Verfügung vom 2. November 2022 wurde der Beschwerde die aufschiebenden Wirkung einstweilen verweigert. Dies u.a. mit dem Hinweis, dass unklar sei, ob durch die von der Schuldnerin mit Transaktionsbeleg belegte Zahlung an das Betreibungsamt (vgl. act. 4/1) die gesamte, der Konkurseröffnung zu Grunde liegende Forderung beglichen worden sei. Sodann wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass eine Bestätigung des Konkursamtes fehle, wonach sie die Kosten des konkursgerichtlichen Verfahrens und jene des Konkursamtes innerhalb der Beschwerdefrist beim Konkursamt sichergestellt habe. Die Schuldnerin wurde im Weiteren darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde innerhalb der Beschwerdefrist ergänzen könne. Zudem wurde festgehalten, dass die Schuldnerin den Vorschuss für die Kosten des Beschwerdeverfahrens bereits geleistet hatte (act. 7).

1.3 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–11). Innert Beschwerdefrist reichte die Schuldnerin weitere Unterlagen ein (act. 11 u. 12/1–2). Das Verfahren ist spruchreif. Da in der Sache sogleich entschieden werden kann, wird das Gesuch der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und ist abzuschreiben.

2.1 Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung der Gläubigerin 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 eine Schuldnerin in dieser Konstellation die Kosten des Konkursgerichts (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

2.2 Die Schuldnerin macht – wie gezeigt – geltend, die Forderung der Gläubigerin schon vor Konkurseröffnung vollständig bezahlt zu haben. Sie belegt diese Behauptung mit der Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 10. Oktober 2022. Aus dieser ergibt sich, dass das Betreibungsamt Zürich 4 in der Betreuung Nr. ... den Endbetrag an genanntem Datum erhalten hat (act. 12/1). Damit hat die Schuldnerin die Tilgung der Forderung vor Konkurseröffnung nachgewiesen.

Mit Nachweis vom 1. November 2022 belegt die Schuldnerin zudem, die Kosten des Konkursverfahrens sowie die erstinstanzlichen Verfahrenskosten beim Konkursamt Aussersihl-Zürich am 31. Oktober 2022 mit einem Betrag von Fr. 1'200.– sichergestellt zu haben (act. 12/2).

Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann folglich abgesehen werden. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Oktober 2022 ist aufzuheben.

3. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Da die Zahlung erfolgte, nachdem der Schuldnerin die Vorladung zur Verhandlung über das Konkursbegehren zugestellt wurde (act. 6/7), 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, selber beim Konkursgericht auf die erfolgte Tilgung hinzuwei-

sen. 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 Konkursöffnung 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 (vgl. act. 10) zu verrechnen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Oktober 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. 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 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, 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.
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:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
8. November 2022