

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230089-O/U,
damit vereinigt PS230092-O

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 6. Juni 2023

in Sachen

A. _____ Versicherungs-Gesellschaft AG,
Gläubigerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch A. _____, Zentralinkasso,

gegen

B. _____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 9. Mai 2023 (EK230533)**

Erwägungen:

1.

1.1. Bei der Schuldnerin und Beschwerdegegnerin (fortan Schuldnerin) handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die seit dem tt.mm.2020 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist. Laut Handelsregistereintrag bezweckt sie ... (act. 4).

1.2. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Mai 2023 wurde über die Schuldnerin für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdeführerin (fortan Gläubigerin) der Konkurs eröffnet (act. 6/8 = act. 3 = act. 5):

CHF	384.00	nebst 5% Zins seit 30.07.2022 abzgl. Betreuungskosten Reduktion CHF 33.30
CHF	5.17	Zins bis 29.07.2022
CHF	90.00	Umtriebsspesen
CHF	169.70	Betreibungskosten

2.

2.1. Dagegen erhob die Gläubigerin mit Eingabe vom 17. Mai 2023 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer und es wurde das vorliegende Verfahren angelegt. Die Gläubigerin stellt folgende Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 09.05.2023 und die Konkurseröffnung gegen die B._____ GmbH sei aufzuheben.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gläubigerin/Beschwerdeführerin."

2.2. Mit Verfügung vom 19. Mai 2023 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde der Schuldnerin eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um zur aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen und die Beschwerde zu beantworten. Es wurde angedroht, dass im Säumnisfall das Verfahren ohne eine Stellungnahme und/oder Beantwortung weitergeführt werde (act. 7 S. 3). Mit Eingabe vom 22. Mai 2023 (Datum Poststempel) erhob auch die Schuldnerin Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil (act. 10/2). Sie hinterlegte bei der Obergerichtskasse zudem einen Betrag von Fr. 400.00 (act. 13). In Bezug auf die

Beschwerde der Schuldnerin wurde das Verfahren-Nr. PS230092 angelegt und in der Folge am 24. Mai 2023 sogleich mit dem vorliegenden Verfahren vereinigt (act. 9). Die Schuldnerin beantragt in ihrer Beschwerde was folgt (act. 10/2 S. 2):

- "1. Es sei der mit Urteil vom 9. Mai 2023 über die Schuldnerin eröffnete Konkurs aufzuheben;
2. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.
4. Eventualiter unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Staates."

2.3. Mit Verfügung vom 24. Mai 2023 wurde auf das Gesuch der Schuldnerin um Gewährung der aufschiebende Wirkung nicht eingetreten (act. 11). Die Schuldnerin reichte innert der ihr mit Verfügung vom 19. Mai 2023 angesetzten Frist eine Antwort zur Beschwerde der Gläubigerin und Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung ein (act. 14). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3.

3.1. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie *vor* dem angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). 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. Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklichte. Zur Voraussetzung der Tilgung ist festzuhalten, dass diese nicht nur einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein muss, sondern grundsätzlich auch zuzüglich der Kosten des Konkursgerichts und der Kosten des Konkursamtes, welche die Gläubigerin vorschliessen musste (vgl. Art. 169 SchKG; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7 und 10).

3.2. Die Gläubigerin erklärt, auf die Durchführung des Konkurses zu verzichten, die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung am 9. Mai 20233 seien nicht vor-

gelegen. Im September 2022 sei eine Mutation des Vertrages mit der Schuldnerin (Änderungsstorno) erfolgt. Im November 2022 sei der Prämienausstand der Schuldnerin vollständig bezahlt worden. Die Zahlung sei jedoch aus technischen Gründen nicht automatisch und irrtümlicherweise auch nicht manuell verbucht worden, womit fälschlicherweise keine Zahlungsmeldung an das Betreibungsamt erfolgt sei. Die Gläubigerin belegt mit einem Screenshot aus ihrem Buchungssystem, dass die Schuldnerin am 4. November 2022 und damit vor der Stellung des Konkursbegehrens resp. noch vor der Konkurseröffnung eine Zahlung leistete, woraufhin ein Saldo von Null resultierte (act. 2 S. 2). Die Schuldnerin belegt, dass sie zusätzlich den Endbetrag in der Betreuung-Nr. ... am 8. Mai 2023 an das Betreibungsamt Zürich 10 bezahlte (act. 10/4/1). Sie gibt an, diese Doppelzahlung unter dem Druck der drohenden Konkurseröffnung vorgenommen zu haben (act. 14 S. 4). Zudem leistete sie eine Zahlung von Fr. 1'200.00 an das Konkursamt (act. 10/4/2).

3.3. Folglich wurde der Nachweis der Tilgung der Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten vor der Konkurseröffnung erbracht. Es braucht keine Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid über die Konkurseröffnung ist aufzuheben.

4.

4.1. Festzuhalten ist vorab, dass es grundsätzlich in der Verantwortung der Schuldnerin liegt, das Konkursgericht über Umstände, welche gegen eine Konkursöffnung sprechen, zu informieren (OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011 E. 2.2 = ZR 110/2011 Nr. 79). Solange die Vorladung zur Konkursverhandlung ihr nicht durch das erstinstanzliche Konkursgericht abgenommen wird, muss sie davon ausgehen, dass die Konkursverhandlung stattfindet und das Konkursverfahren ohne Weiteres seinen Lauf nimmt. Im vorliegenden Fall ist indes zu berücksichtigen, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren am 27. März 2023 stellte, obwohl ihre Forderung bereits anfangs November 2022 beglichen war und sie sich dessen zugegebenermassen aufgrund eines ihr zurechenbaren (technischen) Fehlers nicht bewusst war. Im Weiteren liegen übereinstimmende Anträge der Parteien zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen vor; beide Parteien beantragen, dass die Gläubigerin kosten- und entschädigungspflichtig werden solle (act. 2 S. 2, act. 2 S. 2 sowie act. 14 S. 2 und 4).

4.2. Die Kosten sowohl des erst- als auch des zweitinstanzlichen Verfahrens sind demnach der Gläubigerin aufzuerlegen. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.00 ist zu bestätigen. Für das Beschwerdeverfahren ist die Entscheidgebühr gestützt auf Art. 52 lit. b GebV SchKG i.V.m. Art. 62 GebV SchKG auf Fr. 750.00 festzulegen.

4.3. Die Parteientschädigung umfasst gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO den Ersatz notwendiger Auslagen (lit. a), die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (lit. b) und bei einer nicht anwaltlich vertretenen Partei in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (lit. c). Für das erstinstanzliche Verfahren ist der (dannzumal noch nicht vertretenen) Schuldnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen, denn es fehlt an der Darlegung dazu, dass ihr zu entschädigende Auslagen und Umtriebe entstanden sind (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO). Im Beschwerdeverfahren vor der Kammer war die Schuldnerin vertreten. Gestützt auf § 13 Abs. 1 AnwGebV i.V.m. § 2 Abs. 1-2, § 4 Abs. 1-2, § 9 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren auf

Fr. 500.00 (inklusive 7.7% MwSt.) festzusetzen und die Gläubigerin ist zu verpflichten, der Schuldnerin diesen Betrag zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. Mai 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt. Die erstinstanzliche sowie die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird der Gläubigerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.00 (Fr. 1'200.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Schuldnerin Fr. 1'200.00 und der Gläubigerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszus zahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr einbezahlten Betrag von Fr. 400.00 der Schuldnerin auszubezahlen.
5. Die Gläubigerin wird verpflichtet, der Schuldnerin eine Parteientschädigung von Fr. 500.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 10/2 und act. 14, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Höngg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 10, je gegen Empfangsschein.
7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 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. K. Würsch

versandt am:
7. Juni 2023