

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230149-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Urteil vom 21. August 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 15. August 2023 (EK231022)**

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom 15. August 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für Forderungen der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 2'000.–, nebst Zins zu 5 % seit 16. März 2023, Fr. 134.45 sowie Betreuungskosten von Fr. 146.60 (act. 3).

1.2. Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 17. August 2023 Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Einreichung der Beschwerde leistete sie zugleich bei der Obergerichtskasse den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– (act. 4/5). Mit Verfügung vom 17. August 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 9). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 SchKG). Es 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 Konkursöffnung 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 Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes 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 Konkursöffnung verwirklichte. Dass eine Schuldnerin in dieser Konstellation die Kosten des Konkursgerichts (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkursöff-

nung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

2.2. Die Schuldnerin macht geltend, die der Konkursöffnung zugrundeliegende Forderung vor Konkursöffnung getilgt zu haben (act. 2) und belegt diese Behauptung mit einem Kontobuchungsnachweis der Zürcher Kantonalbank vom 16. August 2023 (act. 4/1). Aus dem Buchungsnachweis geht hervor, dass sie dem Betreibungsamt Zürich 3 (nachfolgend: Betreibungsamt) am 9. August 2023 Fr. 2'343.95 überwiesen hatte. Dieser Betrag entspricht demjenigen, welcher das Betreibungsamt in der provisorischen Abrechnung vom 8. August 2023 als Schuldbetrag, inklusive Zinsen und Betreibungskosten, in der Betreibung Nr. ... auswies (act. 4/2). Auf telefonische Nachfrage bestätigte das Betreibungsamt, den Forderungsbetrag am 10. August 2023 erhalten zu haben (act. 6). Damit hat die Schuldnerin die Tilgung des Forderungsbetrages vor Konkursöffnung nachgewiesen.

2.3. Weiter stellte die Schuldnerin am 16. August 2023 beim Konkursamt Wiedikon-Zürich (nachfolgend: Konkursamt) Fr. 800.– sicher. Dieser Betrag reicht gemäss Bestätigungsschreiben des Konkursamtes zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens, inklusive Kosten der vorinstanzlichen Entscheidgebühr, aus, sofern der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt und die Konkursöffnung vom 15. August 2023 aufgehoben werde (act. 4/4). Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann folglich abgesehen werden.

2.4. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. August 2023 aufzuheben.

3.

Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Auch wenn die Bezahlung vor dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgt war, 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 hinzuweisen. Dies insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn die Schuldnerin 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 Konkurseröffnung 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 zu verrechnen. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG). Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. August 2023 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 Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 800.– 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zü-

rich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, 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 N. Gautschi

versandt am:
22. August 2023