

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Urteil vom 19. April 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG Law X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Affoltern vom 7. März 2024 (EK240015)**

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) ist unter der Firma "C. _____ " im Handelsregister des Kantons Zürich als Gesellschafterin der Kollektivgesellschaft eingetragen (act. 6/1).

1.2. Mit Urteil vom 7. März 2024 (act. 3 = act. 9 [Aktenexemplar] = act. 10/7) eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Affoltern den Konkurs über die Beschwerdeführerin in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Hausen a.A. ZH für eine Forderung von

Fr.	3122.60	nebst Zins zu 12% seit 29. Juni 2023
Fr.	51.35	Verzugszins bis 28. Juni 2023
Fr.	476.75	Inkasso-Gebühren
Fr.	260.40	Betreibungskosten
Fr.	-1'435.80	Teilzahlungen vom 9. Oktober 2023.

1.3. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. März 2024 rechtzeitig (vgl. act. 13 sowie untenstehende E. 2.2) Beschwerde (act. 2). Sie beantragt die Konkursaufhebung und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 10/1-14). Mit Verfügung der Kammer vom 21. März 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert, der Beschwerdeführerin Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses angesetzt und die Beschwerdeführerin auf die Möglichkeit der Beschwerdeergänzung hingewiesen (act. 7). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 11). Innert der Beschwerdefrist (vgl. dazu untenstehende E. 2.2) ging keine Beschwerdeergänzung ein. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen

der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Zusätzlich ist erforderlich, dass die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes sichergestellt werden. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG; BGE 139 III 491 E. 4.4 und BGE 136 III 294 E. 3). Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO).

2.2. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin (vgl. act 2 Rz. 2) ist – wie bereits mit Verfügung vom 21. März 2024 festgehalten (act. 7 E. 4) – für die zehntägige Beschwerdefrist nicht auf die Zustellung des Urteils durch das Konkursamt, sondern auf die Zustellung durch die Vorinstanz bzw. deren Zustellungsversuch abzustellen. Nachdem der Beschwerdeführerin die Vorladung zur Konkursverhandlung erfolgreich hatte zugestellt werden können (mit Nachsendeauftrag nach Zürich; act. 10/4; Empfangsperson D. _____), was von der Beschwerdeführerin auch nicht gerügt wird (act. 2 Rz. 7), holte sie das Urteil der Vorinstanz nicht ab (act. 10/13). Da die Beschwerdeführerin infolge Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung vom Verfahren Kenntnis hatte und daher mit der Zustellung weiterer Gerichtsentscheide rechnen musste, galt das Urteil der Vorinstanz am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch bzw. gestützt auf die Abholungseinladung vom 11. März 2024 per 18. März 2024 als zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Folglich fiel das Ende der Beschwerdefrist auf den 28. März 2024 und damit in die Osterbetriebsferien, womit sich die Frist bis am 3. April 2024 verlängerte (Art. 56 Ziff. 2 i.V.m. Art. 63 SchKG; BGer 5A_520/2022 vom 6. Dezember 2022 E. 2.2).

2.3. Ein im Handelsregister eingetragenes Mitglied einer Kollektivgesellschaft unterliegt der Konkursbetriebsführung (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2; BSK SchKG-ACOCCELLA, 3. Aufl. 2021, Art. 39 N 18). Eine Kollektivgesellschaftlerin unterliegt der Konkursbetriebsführung sowohl für die Gesellschafts- als auch für die persönlichen Schulden (BGer 5A_1009/2017 vom 16. Februar 2018 E. 3.3.3; BGE 120 III 4 E. 5; BSK

SchKG-ACOCELLA, a.a.O., Art. 39 N 19). Damit unterliegt die Beschwerdeführerin als Kollektivgesellschafterin der C._____ (vgl. act. 6/1) der Konkursbetreuung, wobei gestützt auf eine private Schuld (vgl. act. 2 Rz. 10, act. 5/4-5, act. 10/1) zu Recht über sie persönlich und nicht über die Kollektivgesellschaft der Konkurs eröffnet wurde.

2.4. Die Beschwerdeführerin macht zu den Konkursaufhebungsgründen geltend, die Konkursforderung inkl. Kosten und Zinsen nach Konkurseröffnung getilgt zu haben. Aufgrund der mündlichen Mitteilung der Beschwerdegegnerin, dass die Konkurseröffnung nicht mehr in ihrem Interesse sei, könne ein Verzicht der Beschwerdegegnerin auf Durchführung des Konkurses angenommen werden (act. 2 Rz. 11 Abs. 3). Die Beschwerdeführerin belegt, am 14. März 2024 Fr. 2'565.25 für die "offene Forderung der E._____ Shopping Card Nr. 2, bis 30.04.2023" an die Beschwerdegegnerin bezahlt zu haben (act. 5/4). Damit hat sie die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt. Der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG setzt indes voraus, dass nebst der Forderung auch die bis zur allfälligen Konkursaufhebung durch das Verfahren verursachten Kosten getilgt sind (OGer ZH PS200012 vom 23. Januar 2020 E. 3). Namentlich hätte die Beschwerdeführerin innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts sicherstellen und den entsprechenden Nachweis bei der Kammer erbringen müssen. Jedoch unterliess sie dies trotz entsprechendem Hinweis in der Verfügung vom 21. März 2024 (act. 7 E. 3.1). Deshalb ist der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung nicht dargetan.

Im Weiteren bringt sie zwar vor, es sei ein Gläubigerverzicht erklärt worden. Jedoch sind das Editionsbegehren der Beschwerdeführerin betreffend die schriftliche Mitteilung des Rückzugs der Beschwerdegegnerin und ihre Ausführungen, wonach die Beschwerdegegnerin mündlich mitgeteilt habe, kein Interesse mehr an der Konkurseröffnung zu haben (act. 2 Rz. 11 Abs. 3), nicht ausreichend. Es wäre an der Beschwerdeführerin gewesen, den urkundlichen Nachweis innert der Beschwerdefrist zu erbringen (BSK SchKG-GIROUD/THEUS SIMONI, a.a.O., Art. 174 N 23 f.). Mangels eines entsprechenden Nachweises des behaupteten Gläubigerverzichts (bspw. mittels Rückzugserklärung zum Konkurs- oder Betrei-

bungsbegehren oder schriftlicher Verzicht) und insbesondere mit Blick auf das E-Mail der Beschwerdegegnerin vom 18. März 2024 (act. 5/4 S. 2), welchem kein Gläubigerverzicht entnommen werden kann, ist auch der Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts nicht dargetan. Damit ist kein Konkursaufhebungsgrund nachgewiesen, womit die Beschwerde bereits abzuweisen ist.

Auch wenn sich die Beschwerdeinstanz mangels Konkursaufhebungsgrund nicht mehr mit der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin zu befassen hat, ist sie der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass auch die Ausführungen zur Zahlungsfähigkeit sehr dürftig waren. So führte die Beschwerdeführerin zur Zahlungsfähigkeit unter Einreichung eines Betreibungsregistrauszuges lediglich aus, es liefen keine weiteren Konkursverfahren. Sämtliche aufgeführten, nicht mittels Rechtsvorschlag bestrittenen Forderungen würden fortzu getilgt, wobei (nicht eingereichte) Ratenzahlungspläne vorlägen (act. 2 Rz. 11 Abs. 2; act. 5/7). Die Beschwerdeinstanz muss sich jedoch ein möglichst umfassendes Bild zur finanziellen Situation der konkursiten Person machen können, weshalb mit Verfügung vom 21. März 2024 auf die grundsätzlich erforderlichen Unterlagen hingewiesen wurde (act. 7 E. 2.1). Weitere Belege reichte die Beschwerdeführerin jedoch nicht ein. Aufgrund des fehlenden Nachweises eines Konkursaufhebungsgrundes kann indes offengelassen werden, ob (bei grosszügiger Betrachtung der Ausführungen und Belege zur Zahlungsfähigkeit) aufgrund der vorhandenen Belege (act. 5/2-7) die Zahlungsfähigkeit als noch glaubhaft betrachtet worden wäre.

3. Im Übrigen ist die Beschwerdeführerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreibung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkursein-gabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

4. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Par-

teientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; der Beschwerdeführerin nicht aufgrund ihres Unterliegens, der Beschwerdegegnerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin und Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt Affoltern ZH, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Hausen a.A., je gegen Empfangsschein.
4. 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 T. Rumpel

versandt am:
22. April 2024