

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240107-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichterin Dr. C. Schoder
sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Widmer

Urteil vom 20. Juni 2024

in Sachen

A. _____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 4. Juni 2024 (EK240775)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 4. Juni 2024 für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) in der Höhe von Fr. 3'844.30 zzgl. 5% Zins seit dem 29. August 2023 sowie Fr. 140.– reglementarische Kosten, Fr. 376.20 Betreuungskosten (Fr. 150.– + Fr. 226.20) und Fr. 65.57 Verzugszins von 5% vor Betreibung den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin [act. 3, Aktenexemplar = act. 8]).

2.1. Mit Beschwerde vom 8. Juni 2024 (Poststempel gleichentags) erhob B._____, einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin (vgl. act. 5), Beschwerde bei der hiesigen Instanz und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2 ff.).

2.2. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 10. Juni 2024 einstweilen verweigert, da die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens nicht belegt war (act. 7 S. 4, Dispositiv-Ziffer 1). Die Schuldnerin wurde darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises des Konkurshindierungsgrundes ergänzt werden könne (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2). Ihr wurde zudem Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 3), der fristgerecht einging (act. 12).

2.3. Am 13. Juni 2024 reichte das Konkursamt Hottingen-Zürich die Bestätigung ein, dass die Schuldnerin einen Kostenvorschuss von Fr. 800.– geleistet habe und dieser zur vollständigen Sicherung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung ausreiche (act. 9). Daraufhin wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 13. Juni 2024 einstweilen zuerkannt (act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1 – 11).

3.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn ein Schuldner dargetan hat, (1.) dass er die Schuld, ein-

schliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt hat, (2.) dass er den geschuldeten Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt hat oder (3.) dass der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Zudem hat ein Schuldner gemäss Gesetzeswortlaut seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, jedoch sieht die Kammer nach ständiger Praxis von dieser Voraussetzung ab, wenn ein Schuldner dargetan hat, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten noch vor Konkurseröffnung getilgt zu haben (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79). Für die Gutheissung der Beschwerde ist gemäss ständiger Praxis der Kammer zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden (vgl. OGer ZH PS220188 vom 7. November 2022 E. 2.1).

3.2. Im Beschwerdeverfahren gegen einen erstinstanzlichen Entscheid über die Konkurseröffnung können zum einen unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere die Tilgung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten vor der Konkurseröffnung. Zum anderen können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 – 3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben, wie etwa die Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts. All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen (vgl. OGer ZH PS240017 vom 22. Februar 2024 E. 2.1.)

3.3. Die Schuldnerin macht in ihrer Beschwerdeschrift geltend, am 3. Juni 2024 – somit vor der Konkurseröffnung – die dem Konkurs zugrundeliegende Forderung an das Betreibungsamt bezahlt zu haben (act. 2 S. 1). Sie legt diesbezüglich zwei Abrechnungen des Betreibungsamts Zürich 7 ins Recht (act. 4/1 – 2). Bei diesen Vorbringen handelt es sich um neue Tatsachen, die gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG zu berücksichtigen sind. Aus den Abrechnungen ist ersichtlich, dass beim Betreibungsamt Zürich 7 in der Betreuung Nr. ... mit Valuta 3. Juni 2024 die Zahlungen von Fr. 1'189.40 und Fr. 3'405.85 (Forderung inkl. Zins und Kosten Fr. 4'572.37 zzgl. Fr. 22.88 Inkasso-Kosten) eingegangen sind. Damit hat

die Schuldnerin nachgewiesen, dass die Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten vor der Konkurseröffnung vom 4. Juni 2024 mit Zahlung an das Betreibungsamt getilgt wurde.

Zur Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts macht die Schuldnerin in ihrer Beschwerdeschrift keine Ausführungen (vgl. act. 2). Der Rechtsmitteleingabe liegt jedoch eine Kopie eines Kontokorrentauszugs bei, woraus ersichtlich ist, dass am 8. Juni 2024 der e-banking Auftrag erteilt wurde, den Betrag von Fr. 800.– an das Konkursamt Hottingen-Zürich zu überweisen (act. 4/3). Die tatsächliche Belastung ist hingegen nicht ersichtlich. Am 13. Juni 2024 reichte das Konkursamt Hottingen-Zürich die Bestätigung ein, dass die Schuldnerin einen Kostenvorschuss von Fr. 800.– geleistet habe und dieser zur vollständigen Sicherung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung ausreiche (act. 9). Die Bestätigung traf vor Ablauf der Beschwerdefrist beim Obergericht ein (vgl. act. 6/10). Damit ist auch belegt, dass die Schuldnerin die Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts sichergestellt hat.

4. Die Schuldnerin hat nach dem Gesagten die Tilgung der Konkursforderung samt Zinsen und der in der Konkursandrohung aufgeführten Kosten und damit eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor der erstinstanzlichen Konkurseröffnung eingetreten ist. Sodann hat sie nach Konkurseröffnung sowohl die Kosten des Konkursamts als auch der Vorinstanz sichergestellt. Dies führt nach der aufgezeigten Praxis zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung der Konkurseröffnung, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin bedarf. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid über die Konkurseröffnung ist aufzuheben.

5.1. Festzuhalten ist, dass es grundsätzlich in der Verantwortung eines Schuldners liegt, das Konkursgericht über Umstände, welche gegen eine Konkurseröffnung sprechen, zu informieren (OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011 E. 2.2.). Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen.

Auch wenn die Bezahlung einen Tag vor dem 4. Juni 2024 bzw. dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, 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 wäre. Daran vermag die unbelegte Behauptung der Schuldnerin, sie habe nicht an der Verhandlung teilgenommen, weil ihr beim Betreibungsamt mitgeteilt worden sei, sie müsse nichts mehr unternehmen und das Verfahren werde eingestellt, nichts zu ändern. Die Schuldnerin muss sich ihr Versäumnis, die erfolgte Tilgung nicht rechtzeitig der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht zu haben, entgegenhalten lassen. Sie hat 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 Konkursamts zu tragen.

5.2. Die Vorinstanz erhob eine Entscheidgebühr von Fr. 400.–. Es besteht kein Anlass, von dieser Kostenhöhe abzuweichen. Sie ist zu bestätigen. Die Gerichtsgebühr des Beschwerdeverfahrens ist auf Fr. 750.– festzulegen. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht, weil sie das Verfahren veranlasst hat und kostenpflichtig wird und der Gläubigerin nicht, weil ihr in diesem Verfahren kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juni 2024 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. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Das Konkursamt Hottingen-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 auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hottingen-Zürich, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, je gegen Empfangsschein.
6. 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 C. Widmer

versandt am:
20. Juni 2024