

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180098-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 12. Juni 2018

in Sachen

A. _____ & Co,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. Mai 2018 (EK180758)

Erwägungen:

1. Die Schuldnerin ist eine Kollektivgesellschaft, die im Bereich Bodenbeläge tätig und seit mm.2002 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist (act. 5).
2. Mit Urteil vom 30. Mai 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 646.45 nebst Zins zu 5 % seit dem 15. Juli 2017, Fr. 50.– Mahngebühren 2016 und Fr. 144.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 6/6). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 7. Juni 2018 (Datum Eingang) fristgerecht Beschwerde (act. 2, vgl. act. 6/8). Sie beantragt die Aufhebung des Konkursdekrets infolge Tilgung der Forderung vor Konkurseröffnung und stellt gleichzeitig ein Gesuch um aufschiebende Wirkung (act. 2 S. 1). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-8). Da die Schuldnerin den Kostenvorschuss für das obergerichtliche Verfahren bereits geleistet hat (act. 7), ist die Sache spruchreif.
- 3.1 Im Beschwerdeverfahren gegen Konkursentscheide können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, ohne Einschränkungen geltend gemacht werden (Art. 326 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere die Behauptung, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt resp. gestundet worden sei. Dies hätte nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurs hinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn die Schuldnerin gleichzeitig ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 2 SchKG).
- 3.2 Die Schuldnerin weist nach, am 24. Mai 2018 (und damit vor der Konkurseröffnung) die gesamte Forderung der Gläubigerin zuzüglich Zins, Mahnkosten und Kosten des Betreibungsamts gemäss Abrechnung des Betreibungsamts Zürich 11

an dieses bezahlt zu haben (act. 4/2). Es ist somit von einer Tilgung der Konkursforderung vor Konkurseröffnung auszugehen.

3.3 Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet nebst der Bezahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich der Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss er nachweisen, dass er sowohl die Kosten des Konkursgerichts als auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat (ZR 110 Nr. 79). Die Schuldnerin hat am 6. Juni 2018 beim Konkursamt Oerlikon-Zürich Fr. 1'500.– zur Deckung der Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts sichergestellt (act. 4/1).

3.4 Der von der Schuldnerin im Beschwerdeverfahren neu geltend gemachte Konkurs hinderungsgrund der Schuldentilgung hat sich somit zum Teil vor und zum Teil erst nach der Konkurseröffnung verwirklicht. Nach der Systematik von Art. 174 Abs. 2 SchKG wäre deshalb grundsätzlich zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft erscheint. Nach der Praxis der Kammer bleibt der Umstand, dass die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, bei dieser Konstellation unberücksichtigt, sofern die Tilgung der Schuld wie vorliegend ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit wird in diesem Fall abgesehen (vgl. OGer ZH PS160210 vom 9. November 2016 E. II./2. m.H.).

3.5 Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind erfüllt, und die Beschwerde ist gutzuheissen. Mit dem heute auszufällenden Endentscheid wird das Begehren um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

4. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung die Verfahren überhaupt erst veranlasst hat. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.– festzulegen und aus dem von der Schuldnerin geleisteten Vorschuss zu beziehen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. Mai 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) 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 Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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:

Dr. M. Isler

versandt am:
12. Juni 2018