

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180127-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 24. Juli 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 29. Juni 2018 (EK180883)

Erwägungen:

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Zürich, welche in erster Linie das Planen, Einrichten und Führen von Restaurationsbetrieben bezweckt (act. 9).

2.1 Mit Urteil vom 29. Juni 2018, 11:30 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin. Dabei hielt das Konkursgericht fest, dass die ursprüngliche Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) durch die Schuldnerin bereits vor Konkurseröffnung getilgt worden sei, dass es die Schuldnerin jedoch unterlassen habe, den Barvorschuss für die durch das Konkursbegehren entstandenen Gerichtskosten zu leisten (act. 3 [= act. 8/8]).

2.2 Mit Eingabe vom 11. Juli 2018 erhob die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 10) Beschwerde gegen das Konkurserkenntnis der Vorinstanz und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 12. Juli 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt, wobei dieser – da die Schuldnerin den für das erstinstanzliche Verfahren ursprünglich geforderten Kostenvorschuss von Fr. 200.– am 11. Juli 2018 unnötigerweise auch noch bei der Obergerichtskasse sichergestellt hatte, obwohl dieser Betrag bereits im beim Konkursamt geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.– enthalten war –, um diesen Betrag reduziert wurde (act. 11). Der Kostenvorschuss wurde in der Folge fristgerecht geleistet (act. 13). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-9). Die Sache erweist sich als spruchreif.

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. Für die Gutheissung der Beschwerde ist zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts 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 (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

3.2. Vorliegend ergibt sich aus dem vorinstanzlichen Urteil, dass die Schuldnerin die Forderung inklusive Zinsen und Kosten bereits vor Konkurseröffnung bezahlt hat. Da sie bis zur Konkursverhandlung die Kosten des Konkursgerichts von Fr. 200.– nicht sichergestellt hatte, wurde der Konkurs – wie in der Vorladung vom 1. Juni 2018 korrekt angedroht (vgl. act. 5/2 S. 2 Ziff. 3) – dennoch eröffnet. Die Schuldnerin belegt jedoch, dass sie innert der Rechtsmittelfrist nunmehr die Kosten des Konkursverfahrens sowie die erstinstanzlichen Verfahrenskosten am 10. Juli 2018 beim Konkursamt Wiedikon-Zürich mit einer Zahlung von Fr. 1'800.– sichergestellt hat (act. 4). Ausserdem hat sie den Kostenvorschuss für das vorliegende Verfahren von insgesamt Fr. 750.– in zwei Zahlungen geleistet (act. 6 und 13). Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. Juni 2018 ist aufzuheben.

4. Die Schuldnerin hat es versäumt, beim Konkursgericht rechtzeitig die durch das Konkursbegehren entstandenen Gerichtskosten sicherzustellen, obwohl sie in der Konkursvorladung vom 1. Juni 2018 ausdrücklich auf die Rechtslage gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG hingewiesen wurde, wonach das Konkursbegehren (nur dann) abzuweisen ist, wenn *der Schuldner durch Urkunden beweist*, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist (vgl. act.5/2). Zusätzlich wurde sie von der Vorinstanz im Verlaufe des Nachmittags vom 28. Juni 2018 nochmals telefonisch darauf hingewiesen, dass der Konkurs trotz Tilgung der Konkursforde-

nung eröffnet werde, wenn die Kosten nicht bis zum Konkursöffnungstermin sichergestellt würden (act. 3 S. 2). Indem die Schuldnerin trotzdem nicht rechtzeitig bezahlt hat, hat sie sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb sie die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen hat. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. EK180883-L), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– 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 ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (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. Seebacher

versandt am: