

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230179-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Beschluss und Urteil vom 29. September 2023

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B'.____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 21. September 2023 (EK231369)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 21. September 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 5'203.10 nebst Zins zu 5% seit 31.05.2023, sowie Fr. 91.16 Intèrêts au 30.05.2023, Fr. 150.– Frais de dossier und Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 3). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 26. September 2023 Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 27. September 2023 wurde dem Konkurs einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert und der Schuldnerin Gelegenheit gegeben, ihre Beschwerde zu ergänzen, was sie mit Eingabe vom 28. September 2023 tat (act. 13). Sie erneuerte dabei ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Da sogleich ein Endentscheid gefällt werden kann, erübrigt sich ein Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Dieser Antrag ist abzuschreiben.

1.2. Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–13). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung 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 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 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 Konkurseröffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursgerichts (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung

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

2.2. Die Schuldnerin macht geltend, die der Konkursöffnung zugrundeliegende Forderungen vor Konkursöffnung getilgt zu haben (vgl. act. 2). Sie belegt dies mittels Abrechnung des Betreibungsamtes vom 22. August 2023. Aus dieser ergibt sich, dass das Betreibungsamt Zürich 7 in der Betreuung Nr. 1 den Endbetrag an genanntem Datum erhalten hat (act. 14/2). Ausserdem legt die Schuldnerin den Betreibungsregisterauszug bei, aus welchem ebenfalls hervor geht, dass die Betreuung Nr. 1 bezahlt worden ist (act. 14/1). Damit hat die Schuldnerin die Tilgung der Forderung vor Konkursöffnung nachgewiesen. Ferner belegt die Schuldnerin beim Konkursamt Hottingen-Zürich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'200.– sichergestellt zu haben (act. 5/5). Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann folglich abgesehen werden. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. September 2023 ist aufzuheben.

3. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Damit hat sie sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung 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 beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. September 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 Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– 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. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppels von act. 2 und act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hottingen-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige 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 J. Camelin-Nagel

versandt am:
29. September 2023