

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS230197-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw S. Ursprung

## **Beschluss und Urteil vom 16. Oktober 2023**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

**B. \_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes  
Zürich vom 5. Oktober 2023 (EK231506)**

### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 10. Oktober 2023 (überbracht) erhob die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 6/11) Beschwerde gegen das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Oktober 2023, 14.00 Uhr, mit welchem über sie nach gestelltem Konkursbegehren vom 28. August 2023 in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 5 für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 3'376.80 nebst Zins zu 5 %, Fr 42.70 Verzugszins, Fr. 110.– Betreibungsgebühren und Fr. 255.70 Betreuungskosten der Konkurs eröffnet wurde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2; act. 5 [=Entscheid Vi.]).

Die Schuldnerin hat bei der Obergerichtskasse einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– für die Kosten des Beschwerdeverfahrens geleistet (act. 4/3). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–11). Das Verfahren ist spruchreif. Da in der Sache sogleich entschieden werden kann, wird das Gesuch der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und ist abzuschreiben.

2. Im Beschwerdeverfahren 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 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 vor der Konkurseröffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner bzw. eine Schuldnerin 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).

3.1 Die Schuldnerin macht geltend, die Forderung der Gläubigerin schon vor Konkurseröffnung vollständig bezahlt zu haben (act. 2). Sie belegt diese Ausführungen mit einem Auszug aus dem E-Banking, wonach sie mittels Buchung am 5. Oktober 2023 um 7.49 Uhr eine Summe in der Höhe von Fr. 3'914.90 an das Betreibungsamt überwiesen habe (act. 5/4 u. 5/5). Gemäss der ebenfalls eingereichten Abrechnung des Betreibungsamtes 5 ist diese Summe mit Valuta 5. Oktober 2023 bei ihm eingegangen und deckt die ausstehende Forderung samt Zinsen und Kosten (act. 4/4). Auch aus dem Auszug des Postkontos des Betreibungsamtes geht hervor, dass die Summe am 5. Oktober 2023 dem Konto des Betreibungsamtes gutgeschrieben wurde (Valutadatum). Nach Praxis der Kammer ist bei Überweisungen via E-Banking auf den Zeitpunkt der Belastung des Senderkontos abzustellen, da ein Schuldner den Zeitpunkt des Zahlungseingangs beim Gläubiger im Allgemeinen nicht nachzuweisen vermag (PS170119, Urteil vom 8. August 2017, E. 4.b). Angesichts dessen, dass der Betrag noch vor der Konkurseröffnung vom Konto der Schuldnerin abgebucht und gleichentags beim Betreibungsamt gutgeschrieben wurde, kann davon ausgegangen werden, dass er bereits vor der Konkurseröffnung dort eintraf.

3.2 Ferner hat die Schuldnerin beim Konkursamt Aussersihl-Zürich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1200.– sichergestellt (act. 4/2) und beim Obergericht für das vorliegende Rechtsmittelverfahren Fr. 750.– hinterlegt (act. 4/3).

3.3 Entsprechend ist belegt, dass die Schuldnerin die der Konkurseröffnung zu Grunde liegende Forderung bereits vor Konkurseröffnung getilgt und die Kosten des Verfahrens innert Rechtsmittelfrist sichergestellt hat. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich ist aufzuheben.

4. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Da die Zahlung am gleichen Tag erfolgte, an dem die Konkursverhandlung stattfand, 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 wären. Vielmehr war es an ihr, selber beim Konkursgericht auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen. Dies insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn *der Schuldner bzw. die Schuldnerin durch Urkunden beweist*, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Indem die Schuldnerin die erfolgte Zahlung der Vorinstanz nicht rechtzeitig zur Kenntnis brachte, 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 hinterlegten Vorschuss (vgl. act. 4/3) zu verrechnen.

**Es wird beschlossen:**

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

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Oktober 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidungsgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'200.– der Gläubigerin Fr. 400.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
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 Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 5, 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 S. Ursprung

versandt am:  
17. Oktober 2023