

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230216-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 5. Dezember 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 3. November 2023 (EK231599)**

Erwägungen:

1. Am 3. November 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin aus der Betreuung Nr. ... ([act. 3 =] act. 6 [= act. 7/11]). Dagegen erhob die Schuldnerin mit am 13. November 2023 persönlich überbrachter Eingabe Beschwerde und macht geltend, die Gläubigerin habe bereits *vor* Konkurseröffnung erklärt, ihr Konkursbegehren zurückzuziehen (act. 2).
2. Mit Verfügung vom 14. November 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde der Schuldnerin Frist angesetzt, um für das vorliegende Verfahren einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 8). Den Vorschuss leistete die Schuldnerin innert Frist (act. 9 u. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–15). Die Sache erweist sich als spruchreif.
3. Die Konkurseröffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin innert Beschwerdefrist einen Konkursaufhebungsgrund nachweist (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) und (falls der Konkursaufhebungsgrund erst *nach* Konkurseröffnung eingetreten ist) die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten nicht schon auf den ersten Blick geradezu ausgeschlossen ist (vgl. ZR 112/2013 Nr. 4). Die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sind praxisgemäss – ausser beim Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichtes (vgl. OGer ZH PS120091 vom 31. Mai 2012, E. 4) – grundsätzlich ebenfalls vor Ablauf der Beschwerdefrist beim zuständigen Konkursamt sicherzustellen (vgl. OGer PS110095 vom 6. Juli 2011).
- 4.1 Die Schuldnerin reicht zum Beleg ihrer Behauptung, die Gläubigerin habe bereits vor der Konkurseröffnung den Verzicht auf die Durchführung des Konkurses erklärt, ein Schreiben der Gläubigerin vom 2. November 2023 – und damit von vor der Konkurseröffnung – ein, in welchem die Gläubigerin erklärt, ihr Konkursbegehren zurückzuziehen, nachdem vereinbart worden sei, die Schulden in Raten abzubezahlen und die erste Ratenzahlung eingegangen sei (act. 4/1). Da-

mit belegt die Schuldnerin, dass bereits vor Konkurseröffnung durch die Vorinstanz der Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts vorgelegen hat.

4.2 Auf die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kommt es unter diesen Umständen nicht an. Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen.

5. Grundsätzlich hat die Schuldnerin sowohl das vorinstanzliche als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, indem sie ihrer Zahlungspflicht gegenüber der Gläubigerin nicht nachkam. Die Schuldnerin macht zwar sinngemäss geltend, sich darauf verlassen zu haben, dass die Gläubigerin ihren Verzicht auf das Konkursverfahren der Vorinstanz mitteilen werde (act. 2). Indes durfte die Schuldnerin – sollte diese Auskunft seitens der Gläubigerin tatsächlich so erfolgt sein – nicht unbesehen darauf abstellen und sich darauf verlassen, dass die Teilnahme an der Konkursverhandlung nicht mehr notwendig sein würde, war die Vorladung doch bereits Ende September 2023 erfolgt (act. 8) und wurde die Schuldnerin durch das Gericht nie informiert, die Verhandlung finde nicht statt. Es wäre an ihr gewesen, selber beim Konkursgericht zumindest nachzufragen bzw. auf die erfolgte Abrede mit der Gläubigerin hinzuweisen. Letzteres insbesondere auch mit Blick auf Art. 172 SchKG, wonach es an der Schuldnerin ist, dem Gericht die Gründe, die gegen die Konkurseröffnung sprechen (insbesondere auch diejenigen der gewährten Stundung) mitzuteilen. Indem sie dies nicht tat, hat sie letztlich auch die Kosten für 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.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. November 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidegebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt, zudem werden die Kosten des Konkursamtes der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Zürich (Altstadt) wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'400.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Die Schuldnerin wird verpflichtet, der Gläubigerin die erstinstanzliche Entscheidegebühr (Fr. 400.–) und die Kosten des Konkursamtes zu ersetzen.
5. 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 Zürich (Altstadt), mit besonderer Anzeige und im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Zürich 1, 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 M. Schnarwiler

versandt am:
5. Dezember 2023