

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170151-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

## Urteil vom 17. August 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C.\_\_\_\_\_ AG

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juli 2017 (EK170942)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 11.11.2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt Handel sowie Import und Export von Garten- und Wohnmöbeln (act. 7). Mit Urteil vom 4. Juli 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) über die Schuldnerin den Konkurs für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von zwei Mal Fr. 46'022.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2016 bzw. seit 1. Januar 2017, Fr. 1'051.90 für die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses sowie Fr. 213.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 5 = act. 6/9).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 17. Juli 2017 samt Beilagen rechtzeitig Beschwerde (act. 2-4) und stellt folgende Rechtsbegehren (act. 2 S. 1):

- "1. Das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juli 2017, mit dem über die A.\_\_\_\_\_ AG der Konkurs eröffnet wurde, sei aufzuheben.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes, des Konkursamtes Wiedikon, sowie die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr seien der Gläubigerin (B.\_\_\_\_\_ AG) aufzuerlegen.
4. Das Konkursamt Wiedikon sei anzuweisen, vom Rest des von der Gläubigerin (B.\_\_\_\_\_ AG) dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses den nach Abzug der Kosten verbleibenden Restbetrag der Gläubigerin (B.\_\_\_\_\_ AG) aus-zuzahlen."

1.3. Mit Verfügung vom 18. Juli 2017 erteilte die Kammer der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung, verlangte von der Schuldnerin einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– und hielt im Weiteren fest, dass die Kammer ohne Widerspruch der Gläubigerin innert 10 Tagen von der Authentizität der Bestätigung vom 17. Juli 2017 (act. 4/2) ausgehe. Im Übrigen wurde davon abgesehen, eine Beschwerdeantwort einzuholen (act. 8). Die vorinstanzlichen Akten sind beigezogen (act. 6/1-12). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 9/1 i.V.m. act. 10) und die Gläubigerin liess sich weiter innert der ihr angesetzten Frist nicht vernehmen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerde ohne Einschränkungen geltend gemacht werden (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. Gleiches gilt, wenn die Gläubigerin der Schuldnerin noch vor Konkurseröffnung Stundung gewährt hat (Art. 172 Ziff. 3 SchKG).

2.2. Die Gläubigerin hat die Schuldnerin für Mietzinsausstände betreffend der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_-Strasse ... in ... [Ort] betrieben (act. 4/2). Die Schuldnerin führt in ihrer Beschwerdebegründung im Wesentlichen aus, dass zwischen den Parteien hinsichtlich der Ausstände schon vor der Konkurseröffnung eine Einigung erzielt worden sei. Die Konkurseröffnung sei deshalb zu Unrecht erfolgt (act. 2 S. 2 f.). Gestützt auf die Vereinbarung mit der Gläubigerin vom 3. Juli 2017 sei sie – die Schuldnerin – davon ausgegangen, die Gläubigerin werde das Konkursbegehren vereinbarungsgemäss zurückziehen. Aufgrund einer Verwechslung bzw. eines Missverständnisses in der Kanzlei des von der Gläubigerin mit dem Rückzug beauftragten Rechtsanwalts sei das Konkursbegehren aber fälschlicherweise nicht zurückgezogen worden. E.\_\_\_\_\_- Verwaltungsratspräsident der Gläubigerin – habe sich zwar mit seiner Anwaltskanzlei in Verbindung gesetzt und erklärt, dass der Termin der Konkurseröffnungsverhandlung vom 4. Juli 2017 hinfällig sei und annulliert werden könne. Am besagten 4. Juli 2017 hatte der für die Gläubigerin zuständige Rechtsanwalt indes noch einen weiteren Termin in seiner Kanzlei mit einem anderen Herrn F.\_\_\_\_- vereinbart. Irrtümlicherweise sei dieser kanzleiinterne Termin in der Agenda gestrichen worden, die Information, dass das Konkursbegehren zurückgezogen werde und der Termin über die Konkurseröff-

nungsverhandlung hinfällig sei, habe die Vorinstanz dahingegen nicht (rechtzeitig) erreicht (act. 2 S. 1 f. i.V.m. act. 4/2). Zum Beleg ihrer Ausführungen reicht die Schuldnerin ein Schreiben der Gläubigerin vom 17. Juli 2017 ein, welche auch vom zuständigen Rechtsanwalt und der Anwaltsassistentin unterzeichnet ist. Darin bestätigt die Gläubigerin die in der Beschwerdeschrift vorgebrachte Version der Schuldnerin (act. 4/2).

2.3. Aus der Bestätigung ergibt sich weiter, dass die Parteien sowie die G.\_\_\_\_\_ GmbH am 3. Juli 2017, mithin noch vor der Konkurseröffnung, eine Einigung über die Begleichung und Übernahme der Konkursforderung getroffen haben, was die Konkurseröffnung – so die Gläubigerin sinngemäss – überflüssig gemacht habe. Entsprechend habe sich die Gläubigerin am 3. Juli 2017 dazu verpflichtet, das Konkurseröffnungsbegehren zurückzuziehen, was in der Folge indes nicht geschah (act. 4/2 S. 1 f.). Aus der Bestätigung geht nicht hervor, ob die Teilzahlungen an die Konkursforderung bereits erfolgt sind und diese damit schon vor Konkurseröffnung inklusive Zinsen und Kosten getilgt wurde. Hinreichend klar ist jedoch, dass sich die Parteien schon vor der Konkurseröffnung über die Tilgung und Übernahme der Konkursforderung geeinigt haben und kein Interesse mehr an einer Konkurseröffnung bestand, weshalb das Eröffnungsbegehren hätte zurückgezogen werden sollen (act. 4/2). Der Sache nach kommt dies einer Stundung vor Konkurseröffnung i.S.v. Art. 172 Ziff. 3 SchKG gleich. Hätte die Vorinstanz von diesem Vorgang gewusst, hätte sie das Konkursbegehren abgewiesen bzw. das Verfahren abgeschrieben (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 172 N 6). Das von der Schuldnerin erstmals bei der Kammer vorgebrachte Novum ist zulässig, weshalb die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt sind. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Konkurseröffnung aufzuheben.

### 3.

3.1. Durch die unglückliche Verwechslung in der mit dem Rückzug des Konkursbegehrens beauftragten Anwaltskanzlei kam es zum Konkurseröffnungsentcheid, den Aufwendungen des Konkursamts sowie zum obergerichtlichen Beschwerdeverfahren. Das Säumnis der Anwaltskanzlei ist der auftraggebenden

Gläubigerin anzurechnen. Hätte die Gläubigerin den vereinbarten Rückzug rechtzeitig erklärt, hätte sie die bis dahin angefallenen Kosten der Vorinstanz tragen müssen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Weitere Verfahrenskosten wären nicht angefallen. Wegen ihrem Säumnis sind der Gläubigerin daher die vorinstanzlichen Kosten, die Kosten des Konkursamts sowie die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, wie sie dies in der Bestätigung vom 17. Juli 2017 auch anerkennt (act. 4/2 S. 2).

3.2. Die Vorinstanz erhob eine Spruchgebühr von Fr. 400.–. Es besteht kein Anlass, von dieser Kostenhöhe abzuweichen. Sie ist zu bestätigen und mit dem von der Gläubigerin bei der Vorinstanz geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.– (act. 5 S. 2) zu verrechnen. Die Spruchgebühr der Kammer ist auf Fr. 750.– zu veranschlagen und mit dem von der Schuldnerin für dieses Verfahren geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Von der Einräumung eines Rückgriffsrechts zu Gunsten der Schuldnerin für die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist mangels Notwendigkeit abzusehen. Zur Begleichung der zweitinstanzlichen Spruchgebühr sowie der konkursamtlichen Kosten ist das Konkursamt Wiedikon-Zürich anzuweisen, von dem nunmehr bei ihm liegenden Betrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin [act. 4/3] sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses abzüglich der erstinstanzlichen Spruchgebühr) Fr. 2'550.– an die Schuldnerin (Rückerstattung des von der Schuldnerin beim Konkursamt hinterlegten Betrags von Fr. 1'800.– [act. 4/3] + Fr. 750.– zweitinstanzliche Spruchgebühr) und ein nach Abzug der Kosten des Konkursamts allfällig verbleibender Restbetrag der Gläubigerin auszuzahlen. Damit sind die Parteien hinsichtlich der Kosten des Konkursverfahrens vollständig auseinandergesetzt.

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juli 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Gläubigerin auferlegt und mit dem von der Schuldnerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt, der Gläubigerin auferlegt und mit dem von ihr beim Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
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 Schuldnerin Fr. 2'550.– und der Gläubigerin einen nach Abzug der konkursamtlichen 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am:  
18. August 2017