

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170249-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterinnen lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

## Urteil vom 7. Dezember 2017

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 9. November 2017 (EK171709)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 9. November 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 2'500.– nebst 5% Zins seit 7. April 2017 zuzüglich Fr. 150.– bisherige Umtriebsspesen, Fr. 40.– bisherige Kosten und Fr. 146.60 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde ans Obergericht beantragte diese die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sie macht geltend, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bereits vor der Konkurseröffnung beglichen zu haben. Zum Zahlungsnachweis reichte sie eine Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 19. Oktober 2017 ein (act. 2, act. 4/1).

2. Mit Verfügung vom 20. November 2017 wurde der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung einstweilen abgewiesen. Weiter wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist hinsichtlich des Nachweises der Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes ergänzen kann. Ferner wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 8). Da die Schuldnerin die konkursamtlichen sowie die erstinstanzlichen Kosten rechtzeitig sicherstellte, wurde der Beschwerde am 22. November 2017 die aufschiebende Wirkung einstweilen zuerkannt (act. 11-12). Der Barvorschuss wurde ebenfalls innert Frist geleistet (act. 14).

3. Mit der Beschwerde können unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Zudem sind neue Behauptungen und Urkundenbeweise zu den drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) selbst dann zulässig, wenn sie erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Stützt sich der Schuldner auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat er zusätzlich zu deren Nachweis seine Zahlungsfähigkeit

glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurs hinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Nachfristen sind keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

Weist der Schuldner im Beschwerdeverfahren nach, dass er die der Konkurs eröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bereits vor Konkurs eröffnung bezahlt hat, ist für die Gutheissung der Beschwerde erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes sichergestellt werden. In diesen Fällen sieht die Kammer nach ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab; dies ungeachtet dessen, dass der Schuldner – mit Blick auf die Sicherstellung der Konkurskosten – auch auf erst nach der Konkurs eröffnung verwirklichte Tatsachen abstellt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

4.a) Mit Einreichung der Beschwerde belegte die Schuldnerin mit einer Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 11, dass sie am 19. Oktober 2017 und damit vor der Konkurs eröffnung vom 9. November 2017 die Konkursforderung samt Zinsen sowie Nebenforderungen und Betreibungskosten, total Fr. 2'903.25 zuzüglich Fr. 14.50 Inkasso-Kosten zuhanden der Gläubigerin bezahlt hatte (act. 4/1). Mit der Zahlung an das Betreibungsamt erlischt die Schuld (Art. 12 SchKG). Da der Vorinstanz indes kein Zahlungsnachweis vorlag, eröffnete sie den Konkurs zu Recht.

b) Zu den Kosten, die der Schuldner dem Gläubiger gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abwendung des Konkurses zu zahlen hat, gehören nebst den Betreibungskosten auch die Kosten des Konkursamtes sowie des konkursrichterlichen Verfahrens (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 172 N 3; vgl. auch act. 7/4, Ziffer 5 der "wichtigen Hinweise"). Wie dargelegt hat die Schuldnerin nunmehr am 21. November 2017 und damit innerhalb der Beschwerdefrist sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch diejenigen der ersten Instanz sichergestellt (act. 11, act. 7/11 und Art. 142 ZPO). Die Voraussetzungen für die Aufhe-

bung des Konkurses sind damit erfüllt, ohne dass, wie unter Ziffer 3 erwogen, die Zahlungsfähigkeit zu prüfen wäre.

Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen.

5. Die Kosten beider Instanzen sowie des Konkursamtes hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch ihre Säumnis das Verfahren verursacht hat. Für eine Kostenaufgabe an die Gläubigerin besteht kein Grund (act. 2 S. 2). Diese sah sich durch die verspätete Zahlung der Schuldnerin überhaupt erst veranlasst, das Konkursbegehren zu stellen. Es ist Sache der Schuldnerin, das Konkursgericht über vorgenommene Zahlungen umfassend in Kenntnis zu setzen. Schliesslich liegt es in ihrem Interesse, durch rechtzeitige Mitteilung an das Gericht die Eröffnung des Konkurses wenn möglich abzuwenden.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. November 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und auch der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– 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 seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:  
7. Dezember 2017