

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180057-O/U,

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: PS180055-O

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 8. Mai 2018

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____, Sammelstiftung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. April 2018 (EK180237)

Erwägungen:

1. Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die die Bearbeitung von Mandaten auf dem Finanz-, Treuhand- und Steuersektor sowie die Finanzierung und Abwicklung von Handelsgeschäften jeder Art bezweckt. Sie ist seit August 2009 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer fungiert Dr. B._____ (act. 6).
2. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirks Zürich vom 19. April 2018 wurde über die Schuldnerin für die Forderungen der Gläubigerin von Fr. 10'805.– zzgl. Zins von 5 % seit 1. Januar 2016 abzgl. Teilzahlungen von Fr. 2'000.– vom 1. November 2017, Fr. 1'000.– vom 8. November 2017 und Fr. 4'000.– vom 5. Januar 2018, sowie Fr. 500.– Umtriebsentschädigung Betreibungsbegehren und Fr. 216.60 Betreuungskosten (Betreibung Nr. 1) sowie Fr. 17'204.55 zzgl. Zins von 5 % seit 1. Januar 2017, Fr. 500.– Umtriebsentschädigung Betreibungsbegehren und Fr. 243.60 Betreuungskosten (Betreibung Nr. 2) der Konkurs eröffnet (act. 6/13 = act. 3 = act. 7).
3. Dagegen erhoben sowohl die Gläubigerin mit Zuschrift vom 25. April 2018 (Datum Eingang) als auch die Schuldnerin mit Eingabe vom 30. April 2018 rechtzeitig Beschwerde (act. 11/2, act. 2, vgl. act. 6/15). Mit Beschluss vom 3. Mai 2018 wurde das von der Gläubigerin angehobene Beschwerdeverfahren zufolge Vereinigung mit dem vorliegenden Verfahren als erledigt abgeschrieben (act. 10 = act. 11/9). Mit Verfügung desselben Tages wurde sodann der Beschwerde der Schuldnerin die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-15). Die Sache erweist sich als spruchreif.
- 4.1 Im Beschwerdeverfahren gegen Konkursentscheide können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, ohne Einschränkungen geltend gemacht werden (Art. 326 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere die Behauptung, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt resp. gestundet worden sei. Dies hätte nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung

des Konkursbegehrens geführt, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurs hinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn die Schuldnerin gleichzeitig ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

4.2 Die Schuldnerin weist nach, dass ihr die Gläubigerin am 5. März 2018 die Tilgung der ausstehenden Forderungen in Raten erlaubte, wobei die erste Ratenzahlung von Fr. 4'661.10 am 9. März 2018 fällig war und anschliessend jeweils auf den Letzten der Monate April bis Dezember 2018 weitere Ratenzahlungen geschuldet sind (act. 5/5). Die Gläubigerin bestätigt, dass ihr am 9. März 2018 und am 4. April 2018 je Fr. 5'000.– von der Schuldnerin überwiesen worden seien (act. 5/6). Im Zeitpunkt der Konkursöffnung waren folglich die ersten beiden vereinbarten Termine für die Ratenzahlung eingehalten worden; in Bezug auf die restliche Forderung lag eine Stundung der Gläubigerin vor. Es ist somit von einer Tilgung resp. Stundung der Konkursforderung vor Konkursöffnung auszugehen.

4.3 Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet nebst der Bezahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich der Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss er nachweisen, dass er sowohl die Kosten des Konkursgerichts als auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat (ZR 110 Nr. 79). Die Schuldnerin hat eine Bestätigung des Konkursamts Altstetten-Zürich eingereicht, wonach sie am 30. April 2018 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– geleistet hat, der ausreicht, um die konkursamtlichen Kosten und die Kosten des Konkursgerichts zu decken (act. 5/9).

4.4 Der von der Schuldnerin im Beschwerdeverfahren neu geltend gemachte Konkurs hinderungsgrund der Schuldentilgung hat sich somit zum Teil vor und zum Teil erst nach der Konkursöffnung verwirklicht. Nach der Systematik von Art. 174 Abs. 2 SchKG wäre deshalb grundsätzlich zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft erscheint. Nach der Praxis der Kammer bleibt der Umstand, dass die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts erst

nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, bei dieser Konstellation unberücksichtigt, sofern die Tilgung der Schuld im Übrigen ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist bzw. wie vorliegend im Restbetrag von einer Stundung auszugehen ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit wird in diesem Fall abgesehen (vgl. OGer ZH PS160210 vom 9. November 2016 E. II./2. m.H.).

4.5 Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid über die Konkurseröffnung aufzuheben.

5.1 Die Schuldnerin beantragt, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Konkursamts Altstetten-Zürich seien der Gläubigerin aufzuerlegen und ihr (der Schuldnerin) sei eine Parteienschädigung zuzusprechen. Der Konkurs hätte nicht eröffnet dürfen. Die Gläubigerin selbst habe die Aufhebung des Konkurses anbegehrt, weil sie die Einzahlungen fälschlicherweise nicht der Abzahlungsvereinbarung zugerechnet habe, weshalb trotz Tilgung der Konkurs eröffnet worden sei (act. 2 S. 8).

5.2 Das Konkursverfahren wurde dadurch veranlasst, dass die Schuldnerin die in Betreuung gesetzte Forderung erst nach dem am 5. Februar 2018 gestellten Konkursbegehren (vollständig) tilgte und dem Konkursgericht die Tilgung nicht nachwies. Dass der Gläubigerin ein Fehler unterlaufen sei, indem sie die Ratenzahlungen nicht als solche erkannt und den entsprechenden Betreuungsforderungen zugerechnet habe, ergibt sich nicht aus deren Schreiben. Die Gläubigerin führt vielmehr aus, die Schuldnerin habe die Einzahlungen nicht wie besprochen über das Betreibungsamt abgewickelt (act. 5/6 = act. 11/2), wobei anzufügen ist, dass auch das Betreibungsamt zwar die Konkursandrohung erlässt, im Verfahren des Konkursgerichtes aber nicht beteiligt ist – die Schuldnerin hätte also auf jeden Fall selber das Konkursgericht informieren müssen (OGer ZH PS 110095 vom 6. Juli 2011). Auch das Beschwerdeverfahren wurde erst infolge des Konkursverfahrens und der anschliessenden Konkurseröffnung notwendig. Demzufolge sind die Kosten beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen (vgl. OGer ZH PS160210 vom 9. November 2016 E. 3). Parteienschädigungen sind keine zuzu-

sprechen; der Schuldnerin nicht, weil sie kosten- und entschädigungspflichtig wird, der Gläubigerin nicht, weil sie keine verlangt hat (act. 11/2).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. April 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Altstetten-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 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 Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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:

Dr. M. Isler

versandt am:
8. Mai 2018