

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230167-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 25. September 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. September 2023 (EK230350)

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 12. September 2023 (überbracht am 13. September 2023) erhob die Schuldnerin innert Frist Beschwerde gegen das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. September 2023, mit welchem über sie aufgrund einer Forderung der Gläubigerin (Betreibung Nr. ...) der Konkurs eröffnet wurde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und macht im Wesentlichen geltend, die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung vor Konkursöffnung bezahlt zu haben (act. 2; Entscheid Vi: [act. 3 =] act. 5 [= act. 6/8]; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 6/9 Blatt 2).

Mit Verfügung vom 13. September 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde der Schuldnerin Frist angesetzt, für das Konkursverfahren einen Vorschuss zu leisten (act. 9). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–10). Die Schuldnerin leistete den Vorschuss innert Frist (act. 9/1 i.V.m. act. 10). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1 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 Konkursöffnung 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 Konkursamts 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 Konkursöffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursgerichts (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkursöffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

2.2 Die Schuldnerin macht geltend, die Forderung bereits vor Konkursöffnung beim Betreibungsamt bezahlt zu haben. Sie belegt mit einer entsprechenden Ab-

rechnung des Betreibungsamtes Dietikon vom 30. August 2023, die der Betreuung Nr. ... zu Grunde liegende Forderung vor Konkurseröffnung vollständig getilgt zu haben (act. 4/2). Damit hat die Schuldnerin die Tilgung der Forderung vor Konkurseröffnung nachgewiesen.

Mit Bestätigung vom 13. September 2023 belegt die Schuldnerin zudem, die Kosten des Konkursverfahrens sowie die erstinstanzlichen Verfahrenskosten beim Konkursamt Dietikon sichergestellt zu haben (act. 4/1).

Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann abgesehen werden, da die Schuldnerin die Forderung vor Konkurseröffnung getilgt hat. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. September 2023 ist aufzuheben.

3. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Da die Zahlung erfolgte, nachdem der Schuldnerin die Vorladung zur Verhandlung über das Konkursbegehren zugestellt worden war (act. 6 Blatt 2), 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. Daran ändert nichts, dass die Schuldnerin behauptet, das Betreibungsamt habe erklärt, den Beleg über die erfolgte Zahlung dem Gericht weiterzuleiten (act. 2). Letztlich war es an ihr, selber dem Konkursgericht die erfolgte Tilgung mitzuteilen und zu belegen und sie durfte nicht unbesehen darauf vertrauen, dass das Betreibungsamt dies tun werde, falls eine solche Zusage tatsächlich erfolgt sein sollte. Dies insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn *der Schuldner durch Urkunden beweist*, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Indem die Schuldnerin vor Vorinstanz nicht rechtzeitig den Nachweis für die erfolgte Zahlung erbrachte, hat sie sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Kon-

kursantes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss (vgl. act. 11) zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. September 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 Dietikon 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 Vorschusses) 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 Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dietikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dietikon, 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 Gerichtsschreiben:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
26. September 2023