

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110094-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 11. Juli 2011

in Sachen

A. AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirkes Hinwil vom 16. Mai 2011 (EK110092)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Hinwil eröffnete mit Urteil vom 16. Mai 2011, 10.00 Uhr, über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 5). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 26. Mai 2011 (Datum Poststempel) liess die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Konkurses beantragen und ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stellen (act. 1). Diese wurde ihr mit Präsidialverfügung der Kammer vom 27. Mai 2011 gewährt (act. 7). Ferner leistete die Beschwerdeführerin bereits am 20. Mai 2011 einen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 4/4).

2. Die Beschwerdeführerin liess die Berufung im vorliegenden Verfahren entsprechend der eingereichten Vollmacht vom 19. Mai 2011 durch die C._____ GmbH erheben (act. 3). Bei der C._____ GmbH handelt es sich um eine juristische Person, die als solche nicht zur Vertretung der Beschwerdeführerin in einem Prozess befugt und mithin postulatiionsunfähig ist (AFFENTRANGER, Stämpflis Handkommentar ZPO, Art. 68 N 2; vgl. auch OGer ZH, LF110044 vom 15. April 2011, PD110004 vom 19. Mai 2011 m.w.H.). Daher wurde der Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 23. Juni 2011 Frist angesetzt, um eine Genehmigung der bisherigen Prozessschritte durch die C._____ GmbH einzureichen (act. 9). Mit Eingabe vom 29. Juni 2011 teilte die Beschwerdeführerin der Kammer rechtzeitig die Genehmigung dieser Prozesshandlungen mit (act. 11).

3. Der Entscheid des Konkursgerichtes über die Konkurseröffnung kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG) aber in diesem Entscheid nicht berücksichtigt wurden, weil sie dem erstinstanzlichen Gericht trotz der hier vorgeschriebenen Untersuchungsmaxime (Art. 255 lit. a ZPO) nicht bekannt waren und ihr vom Schuldner auch nicht mitgeteilt wurden. Solche neuen Behauptungen und Beweismittel sind unbeschränkt zugelassen (vgl. BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 19). Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung überdies im Beschwerdeverfahren aufgehoben wer-

den, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die Konkursforderung in Höhe von Fr. 1'093.20 bereits am 21. April 2011 und damit noch vor Eröffnung des Konkurses bezahlt. Die Zinsen zu 5 % seit 23. Oktober 2010 auf den Forderungsbetrag (Fr. 170.80) sowie die Betreuungskosten in Höhe von Fr. 140.-- habe sie überdies am 20. Mai 2011 bezahlt. Zudem habe sie die vorinstanzlichen Gerichtskosten sowie die Kosten des Konkursamtes D._____ durch die Überweisung von Fr. 1'500.-- an Letzteres beglichen (act. 1).

5. Zum Beleg der Begleichung der Konkursforderung vor der Konkursöffnung reichte die Beschwerdeführerin eine Art von fotokopiertem Auszug des auf sie lautenden Kontos mit der Nr. ... vom 30. April 2011 ein (act. 4/1). Auf diesem Auszug, der zudem viele Abdeckungen ausweist, ist ein entsprechender Betrag (Fr. 1'093.20) in Zusammenhang mit der Beschwerdegegnerin ersichtlich. Die effektive Zahlung dieses Betrages zulasten der Beschwerdeführerin und zugunsten der Beschwerdegegnerin gehen aus diesem Auszug daher nicht nachvollziehbar hervor. Die behauptete Belastung wird zudem unter "Preis" ausgewiesen und ein Saldo, der alle Belastungen per 30. April 2011 ausweisen könnte, ist nicht angegeben. Hinzu kommt, dass der Saldo per 30. April 2011 auf einem Dokument ausgewiesen ist, das vom 29. April 2011 datiert (sic!). Der "Auszug" genügt denn auch nicht zum Nachweis der Tilgung bei definitiver Rechtsöffnung. Einen anderen Beleg hat die Beschwerdeführerin nicht ein-

gereicht. Aus diesem Grund vermag die Beschwerdeführerin mit dem eingereichten Beleg die Tilgung der Konkursforderung nicht rechtsgenügend darzulegen. Die Beschwerde ist bereits deshalb abzuweisen. Auf die weitere Prüfung der Voraussetzungen für eine Konkursaufhebung kann verzichtet werden. Immerhin kann angemerkt werden, dass die Beschwerdeführerin ihr Zahlungsfähigkeit – so diese zu prüfen wäre – nicht dargelegt hat. Da der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

6. Immerhin ist die Beschwerdeführerin aber auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

7. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Beschwerdeführerin wird per **11. Juli 2011, 15.20 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 1, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Hinwil und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das

Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt
E. _____, 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. K. Wili

versandt am: