

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110154-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 9. September 2011

in Sachen

A. _____ GmbH

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch X. _____

gegen

B. _____ AG

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Dietikon vom 17. August 2011 (EK110254)

Erwägungen:

I.

1. Am 17. August 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirkes Dietikon für eine Forderung von Fr. 6'528.-- (zuzüglich Zins und Betreibungskosten) über die Schuldnerin den Konkurs (act. 2 = act. 4). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde liess die Schuldnerin mit Eingabe vom 25. August 2011 die Aufhebung des Konkurses beantragen (act. 1; act. 8). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die in Betreibung gesetzte Forderung inkl. Zinsen zwischenzeitlich beglichen und die Kosten des Konkursamtes C._____ durch Zahlung von Fr. 1'000.-- sichergestellt worden seien. Zum Beleg wurden eine Abrechnung des Betreibungsamtes C._____ vom 22. August 2011 sowie eine Quittung des Konkursamtes C._____ vom 25. August 2011 eingereicht (act. 3/1-2). Da sich die Schuldnerin über ihre finanzielle Lage nicht geäussert und hiezu auch keine Dokumente eingereicht hatte, wurde sie mit Verfügung vom 29. August 2011 darauf hingewiesen, dass ihre Beschwerdeschrift unvollständig sei und sie bis zum Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist bzw. bis zum 2. September 2011 ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen und die hierfür erforderlichen und aufgezählten Dokumente einzureichen habe. Sodann wurde festgehalten, dass keine Nachfristen gewährt werden (act. 9 Ziff. 3).

2.1 Mit selbiger Verfügung wurde der Schuldnerin in Anwendung von Art. 132 ZPO eine zehntägige Frist ab Erhalt der Verfügung angesetzt, um eine ausdrücklich auf X._____ – dieser hat die Beschwerdeschrift vom 25. August 2011 unterzeichnet (act. 1) –, lautende Vollmacht zur Prozessvertretung im Beschwerdeverfahren einzureichen und um die Beschwerde vom 25. August 2011 ausdrücklich zu genehmigen; andernfalls die Eingabe als nicht erfolgt gelte (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Sodann wurde der Schuldnerin die nämliche Frist zur Leistung des Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt (act. 9 Ziff. 2 und 4).

2.2 Die Verfügung vom 25. August 2011 wurde noch gleichentags versandt (act. 9 S. 5). Parallel zur Zustellung mit Gerichtsurkunde erfolgte eine informelle Zustellung mit A-Post, damit die Schuldnerin möglichst umgehend von den noch nötigen Ergänzungen der Beschwerde Kenntnis erhalte.

2.3 Innert der zehntägigen Frist ab Erhalt der Verfügung (act. 10/1) reichte X._____ eine von D._____, Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin mit Einzelzeichnungsberechtigung (act. 6), unterzeichnete Vollmacht ein, gemäss welcher er befugt ist, die Schuldnerin in sämtlichen Prozessangelegenheiten zu vertreten (act. 10/1; act. 11; act. 12). Eine ausdrückliche Genehmigung der Beschwerde vom 25. August 2011 fehlt zwar, da jedoch die Vollmacht das gleiche Datum wie die Beschwerdeschrift trägt, nämlich den 25. August 2011, kann die Beschwerdeerhebung als von der Vollmacht gedeckt betrachtet und kann auf eine nachträgliche ausdrückliche Genehmigung verzichtet werden. Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 10/1; act. 13/4). Auf das Rechtsmittel ist somit einzutreten.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin *innert der Rechtsmittelfrist* sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Tatsachen können im Beschwerdeverfahren einerseits geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind *innert der Rechtsmittelfrist* zudem selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind.

Die Möglichkeit zur Ansetzung von Nachfristen besteht hingegen nicht (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Die Schuldnerin hat gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes C._____ vom 22. August 2011 die in Betreuung gesetzte (Konkurs-) Forderung inklusive Zinsen und Kosten im Umfang von Fr. 7'008.35 beglichen (act. 3/1). Überdies leistete sie gemäss Bestätigung des Konkursamtes C._____ vom 25. August 2011 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.--, der auch die vorinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.-- zu decken vermag (act. 3/2). Sodann bezahlte sie den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren von Fr. 750.-- (act. 13/4; act. 14). Der Konkurs hinderungsgrund der Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) ist somit ausgewiesen.

2.2 Wie vorerwähnt hat die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren gegen die Konkursöffnung innert der Rechtsmittelfrist neben dem Beleg eines Konkurs hinderungsgrundes auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Da der Empfang der Konkursöffnung vom 17. Juni 2011 für die Schuldnerin am 23. August 2011 unterschriftlich bestätigt wurde (act. 5/8), lief die Beschwerdefrist am 2. September 2011 ab. Trotz Hinweises in der Verfügung vom 29. August 2011 (act. 9), dass die Beschwerdeschrift in Bezug auf die finanzielle Lage der Schuldnerin keine Angaben und keine Unterlagen enthalte und bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist am 2. September 2011 mit den entsprechenden Dokumenten zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG ergänzt werden könne (act. 9 Ziff. 3.2), versäumte dies die Schuldnerin vorliegend. Die erforderlichen Unterlagen wurden erst mit Eingabe vom 7. September 2011 (Poststempel) eingereicht (act. 11; act. 13/1, 13/3, 13/5-7). Diese nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingegangenen Urkunden können im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden. Die rechtzeitige Eingabe vom 25. August 2011 enthält zur Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin keinerlei Ausführungen und auch keine Belege, welche eine entsprechende Prüfung erlauben würden. Folglich hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr des Rechtsmittelprozesses der Schuldnerin aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen entrichtet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 1, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Dietikon und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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. D. Tolic

versandt am: