

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110197-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 1. November 2011

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirkes
Winterthur vom 14. Oktober 2011 (EK110239)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur eröffnete mit Urteil vom 14. Oktober 2011 für eine Forderung von Fr. 4'997.15 einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____, act. 7/2/1-2) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 6 = act. 7/5). Am 21. Oktober 2011 hinterlegte die Schuldnerin beim Konkursamt D._____, zwecks Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes den Betrag von Fr. 800.-- (act. 4/5) und leistete am 24. Oktober 2011 den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.-- (act. 4/6; act. 10). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 26. Oktober 2011 (Datum Poststempel) liess die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 1; act. 7/6). Mit Verfügung vom 28. Oktober 2011 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

2.1 Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn die Zahlung dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre.

Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich die betriebene Partei erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss sie nachweisen, dass sie neben den Kosten des Konkursgerichts und einer allfälligen Prozessentschädigung an den Gläubiger im Konkurseröffnungsverfahren insbesondere auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat. Da der Konkurs mit dem Urteil des Konkursgerichts als eröffnet gilt (Art. 175 SchKG), wird das Konkursamt sofort tätig, und es entstehen damit auch sofort Kosten. Für diese haftet der betreibende Gläubiger mit dem geleisteten Vorschuss (Art. 169 SchKG; KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, N 2 zu Art. 169). Es ist nicht gerecht-

fertigt, dem Gläubiger die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt aufzubürden, mit der Begründung, er hätte dem Konkursgericht von der Zahlung Mitteilung machen und damit die Konkurseröffnung verhindern können und müssen. Regelmässig zahlen die Schuldner erst während des laufenden Verfahrens beim Konkursgericht. Die Kosten für das Anlegen des Dossiers, das Studium der Unterlagen und die Vorladungen sind daher schon angefallen. Es ist in erster Linie Sache der sozusagen bis zur letzten Minute säumigen Schuldnerin, das Konkursgericht von der Zahlung zu informieren. Eine Aufhebung des Konkurses darf daher nur in Frage kommen, wenn sicher gestellt ist, dass der Gläubiger den ganzen Vorschuss zurück erhält (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011).

2.2 Die Schuldnerin lässt geltend machen, sie habe die Konkursforderung dem Schuldner zwei Tage vor Eröffnung des Konkurses in bar bezahlt (act. 1 S. 2). Die Forderung des Gläubigers belief sich nebst Zinsen für den Zeitraum vom 8. Oktober 2010 bis 12. Oktober 2011 (act. 4/4) und Betreuungskosten (darin inbegriffen die Kosten der Konkursandrohung, act. 7/2/1-2) auf Fr. 4'996.55 (act. 11). Aus der von der Schuldnerin eingereichten Quittung betreffend Konkurseröffnung in der Betreuung Nr. ... ist ersichtlich, dass der Gläubiger am 24. Oktober 2011 unterschriftlich bestätigt hat, den Betrag von Fr. 4'997.15 von der Schuldnerin am 12. Oktober 2011 erhalten zu haben (act. 4/4). Bei dieser Ausgangslage ist von einer konkurshindernden Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG auszugehen, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 14. Oktober 2011 eingetreten ist.

2.3 Die Kosten des Konkursgerichtes wurden auf Fr. 300.-- festgesetzt (act. 6). Die Sicherstellung der Konkurskosten innert der Beschwerdefrist konnte die Schuldnerin mit Urkunden nachweisen. Sie hinterlegte wie vorerwähnt am 21. Oktober 2011 beim Konkursamt D._____ einen Barbetrag von Fr. 800.-- (act. 1 S. 3; act. 4/5).

2.4 Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen, wenn der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben wird, also insbesondere wegen eines Verfahrensmangels, oder weil die Schuldnerin nachweist, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt

wurde (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011). Der über die Schuldnerin am 14. Oktober 2011 eröffnete Konkurs ist daher aufzuheben.

3. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung die Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Winterthur vom 14. Oktober 2011, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 300.-- wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.-- (Fr. 800.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.-- Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) dem Gläubiger Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur und das Konkursamt D._____, 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: